

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel

Rouvroy, Antoinette; Poulet, Yves

Published in:
Etat de droit et virtualité

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rouvroy, A & Poulet, Y 2009, Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel: une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie. Dans K Benyekhlief & P Trudel. (eds), *Etat de droit et virtualité*. Thémis, Montréal, p. 157-222.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie*

Yves POULLET**

Antoinette ROUVROY***

Introduction.....	159
1. Pourquoi ancrer les droits au respect de la vie privée et à la protection des données dans les valeurs fondamentales éthiques et politiques ?	163
2. Le droit à « l'autodétermination informationnelle »: le sujet pris comme objet ?	170
3. La décision de 1983 relative au recensement statistique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande	173
3.1. Les lois de protection des données fondées directement sur des droits fondamentaux constitutionnels.....	175
3.2. Des valeurs fondamentales protégées par des lois évolutives dans un monde contingent	178
3.3. Le respect de la vie privée en tant qu'outil de structure sociale destiné à préserver une société libre et démocratique : la co-originalité de l'autonomie privée et publique.....	182

* Le présent texte est la version française profondément retravaillée d'un article à paraître dans les actes de la conférence « Reinventing Data Protection? », organisée par le LSTS (VUB), le TILT (University of Tilburg) et le CRID (Université de Namur) à Bruxelles en octobre 2007. Les auteurs tiennent à remercier Edouardo ROMANO, étudiant de 3^e licence en droit à Liège, pour sa patiente traduction.

** Directeur du Centre de recherche Informatique et Droit (CRID) FUNDP.

*** Chercheure senior au Centre de recherche Informatique et Droit (CRID) FUNDP.

4. « La dignité » et « l'autonomie » : quelques clarifications conceptuelles	186
5. Les différentes « facettes » du respect de la vie privée et la manière dont elles peuvent être articulées pour protéger et promouvoir le développement personnel autonome.....	191
5.1 Le droit au respect de la vie privée comme « droit d'être laissé seul » et comme « opacité » de la sphère privée	193
5.2 La vie privée en tant qu'« autonomie décisionnelle »	197
5.3 La vie privée en tant qu'« autodétermination informationnelle »	206
5.3.1 Les raisons d'être de la protection des données	206
5.3.2 « Vie privée classique » et protection des données : complémentarités et interactions	209
5.3.3 La protection des données et sa « constitutionnalisation » : opportunités et ambiguïtés	211
6. Conclusion : le respect de la vie privée en tant que principe bidirectionnel favorisant les capacités d'autonomie des individus	220

Introduction

En décembre 1983, suite aux recours introduits par diverses associations, la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgerichtshof)¹ affirmait l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la version révisée de la Loi de Recensement (Volkszählungsurteil) pourtant adoptée à l'unanimité par le Parlement fédéral allemand... Cette décision avant-gardiste, décidait, sur base de l'article 1er (dignité humaine) et de l'article 2 (droit au développement de la personnalité) de la Constitution que :

la Constitution garant [...] en principe la capacité de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel.

Ce fut la première et la plus célèbre assertion du « droit à l'autodétermination informationnelle », caractérisé par la Cour comme :

le pouvoir de l'individu de décider lui-même, sur base du concept d'autodétermination, quand et dans quelle mesure une information relevant de sa vie privée peut être communiquée à autrui.

Nous entrons actuellement dans une nouvelle phase de développement de la société de l'information. Cette nouvelle phase, à la faveur d'une série d'innovations technologiques et de leur convergence, voit l'avènement de l'intelligence ambiante. Ainsi, nous assistons au déploiement, dans les espaces physiques et digitaux, d'une série de capteurs (caméras de vidéosurveillance, webcams, systèmes d'enregistrement automatique des requêtes introduites sur les moteurs

¹ BVerfGE 65, 1 – Volkszählung Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden.

de recherche sur Internet, etc.) de plus en plus mobiles (caméras intégrées aux téléphones portables parfois équipés de GPS permettant la géolocalisation, éventuellement en vue de permettre la réception de messages publicitaires adaptés au profil et à la situation géographique de l'utilisateur, etc.), reliés en réseau à des systèmes sophistiqués de gestion, de recoupement (data-mining), de conservation et de communication d'information. Dans le domaine sociopolitique, nous assistons à une autre évolution, convergente, que l'on peut, à la suite de Michel Foucault, analyser comme le passage du modèle de la « société disciplinaire » à celui de la « société de contrôle »². Il s'agit pour nous aujourd'hui de repenser les relations conceptuelles existant entre le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données d'une part, et les valeurs fondamentales dans lesquelles ces droits trouvent à la fois leur justification et leur horizon normatif. Pour ce faire, nous nous inspirons de la démarche de la Cour constitutionnelle allemande d'il y a vingt-quatre ans, qui dès 1983, fonde le droit à la protection des données à caractère personnel sur le principe de la dignité humaine et celui du respect dû à l'autodétermination individuelle³.

À notre avis, le droit à la protection de la vie privée, nonobstant le fétichisme dont il est l'objet à la fois pour nombre de ses défenseurs les plus acharnés, et pour ses détracteurs les plus irréductibles, n'est rien d'autre qu'un *instrument* au service des capacités de développe-

2 Ainsi que Gilles DELEUZE l'a très bien expliqué (Gilles DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre journal*, n.1, 1990), le propre des normes modernes – c'est ce qui caractérise le passage progressif d'une société disciplinaire décrite par Michel Foucault comme présumant l'existence de multiples centres de « détention » (hôpitaux psychiatriques, usines, écoles, prisons...), à une société de contrôle qui peut fonctionner sans contrainte physique et surveillance directe – est que ce sont les individus eux-mêmes qui doivent s'imposer de respecter mais aussi d'adhérer aux normes, de les intégrer dans leur biographie à travers leurs propres actions et répétitions. Dans la société moderne, le pouvoir prend la forme d'offres de services ou d'incitations à l'action plutôt que de contraintes.

3 Le choix de la Cour constitutionnelle allemande de fonder le droit à la protection des données à caractère personnel sur ces valeurs plutôt que sur d'autres est lié à l'histoire et à la culture constitutionnelle allemande...

ment personnel autonome, qui sont, dans une société donnée et à une époque donnée, nécessaires au fonctionnement démocratique du régime politique en vigueur. Aussi, notre propos n'a aucune prétention d'universalité. L'irréductible incommensurabilité culturelle et temporelle de la liberté humaine rend d'ailleurs vaine la tentative, maintes fois essayée pourtant, d'écrire une théorie universelle du droit à la protection de la vie privée.

L'autonomie des individus, dont notre régime de démocratie délibérative a besoin aujourd'hui, est, du fait du déploiement des technologies de l'information et de la communication, mise en péril, d'une part, par la tentation de se conformer aux « canons » édictés par les courants dominants, et, d'autre part, par la difficulté contrairement aux apparences de participer activement à la délibération démocratique. C'est en ce sens que nous identifions l'« autodétermination » ou le « libre développement de la personnalité » comme principes clés devant guider toute « réinvention » des régimes de protection des données. Si « réinvention » il doit y avoir, en raison des circonstances nouvelles, et des risques nouveaux qu'induisent les développements technologiques⁴, la « réinvention » devrait permettre de raviver l'autonomie réflexive des individus et l'autonomie délibérative de la collectivité.

La capacité de développement personnel est menacée, de manière inédite, à la fois, premièrement, par l'intensification des technologies de surveillance et de contrôle telles que le CCTV, l'exploration de données (data mining) et le profilage et secondement par le RFID et « l'Internet des choses », l'informatique omniprésente et « l'intelligence ambiante »⁵. L'information récente selon laquelle

4 La décision allemande reconnaît explicitement que « le droit général de la personnalité [...] prend de l'importance si l'on garde à l'esprit les développements modernes et les dangers qui s'ensuivent pour la personnalité de l'Homme ».

5 Pour de plus amples réflexions sur la manière dont la révolution Internet et plus récemment, les technologies d'Intelligence Ambiante métamorphosent les risques que courent les individus et leurs droits fondamentaux et sur l'appel à de nouvelles actions législatives visant à renforcer les différentes facettes

Microsoft aurait introduit une demande de brevet pour un système de spyware reliant les employés à leur ordinateur par l'intermédiaire de capteurs sans fil et permettant ainsi aux employeurs de contrôler tout au long de la journée la pression sanguine, la température corporelle, les pulsions cardiaques et l'expression faciale des employés, illustre bien le phénomène : les individus sont constamment sous surveillance exercée la plupart du temps à distance et de manière opaque, et subissent des décisions semi-automatiques ou automatiques prises à leur égard par le « système » et ce, sur base d'observations permanentes de leurs choix, leurs comportements et émotions. Cette surveillance limite leurs possibilités d'actions et de comportements spontanés, dans la mesure où le fait de se savoir constamment surveillés et potentiellement exposés à la sanction (positive ou négative) quasi-automatique du système à la moindre « déviance » par rapport au comportement, aux résultats, aux attitudes « moyennes » leur impose, plus sûrement que tout autre système de contrainte, une discipline implacable et, étant « evidence-based », difficilement contestable.

La Cour allemande, dans l'arrêt déjà cité survenu dans le contexte de ces technologies alors seulement naissantes, a souligné les risques inhérents pour la société à ce type de développements technologiques. Déjà, la Cour mettait en garde contre le risque que les individus s'« autocensurent » automatiquement, voire inconsciemment, de crainte d'adopter des comportements qui seraient perçus comme déviants ou simplement étranges par autrui dans la mesure où ces comportements seraient rendus « publics » ou simplement connus de décideurs en raison de la mise en œuvre de certaines innovations dans le domaine des technologies de l'information. L'autocensure pourrait aller jusqu'à décourager les individus de prendre part à certaines assemblées ou à participer à certaines activités collectives de la société civile, de peur que leur participation puisse être connue par d'autres qui en tireraient des conclusions dont les conséquences

identifiées de la vie privée, voir : Antoinette ROUVROY, « Privacy, Data Protection, and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence », *Studies in Ethics, Law, and Technology*, à paraître.

risqueraient d'affecter négativement l'individu. En conclusion, la Cour estime que, à défaut d'adaptation du cadre légal, et, en l'occurrence, de renforcement de la protection des données à caractère personnel, le développement technologique risque :

de détruire, non seulement nos chances de nous développer mais aussi le bien-être commun (« Gemeinwohl »), car l'autodétermination est la condition fonctionnelle élémentaire d'une communauté démocratique libre fondée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer.

C'est dans ce même esprit que se conçoit notre plaidoyer en faveur des régimes de vie privée et de protection des données.

Le raisonnement se décompose en quatre parties. La première section réaffirme la nécessité d'une évaluation normative du type de celle que nous proposons dans la présente contribution. La deuxième section met en garde contre certaines interprétations trompeuses de la notion d'« autodétermination informationnelle ». Ensuite, la troisième section développe l'argumentation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour mettre en évidence l'actualité de sa démarche dans le contexte actuel. La quatrième section clarifie certaines questions concernant les « valeurs » ou les « droits fondamentaux » de dignité et d'autodétermination ou d'autonomie; elle explore les différentes facettes du droit générique à la vie privée et découvre comment ces facettes peuvent s'articuler autour du principe de l'autodétermination, faisant ainsi de ce concept le concept-clé de la protection des données.

1. Pourquoi ancrer les droits au respect de la vie privée et à la protection des données dans les valeurs fondamentales éthiques et politiques ?

Il est crucial d'ancrer les droits au respect de la vie privée et à la protection des données dans les valeurs fondamentales éthiques et politiques dont ils tirent leur force normative et qu'ils ont pour but de promouvoir. Il s'agit de privilégier l'évaluation normative éthique à celle « sociologique » prévalente aux États-Unis.

Le critère habituel, aux États-Unis, adopté et appliqué par la Cour suprême pour décider de l'existence d'un droit à la protection de la vie privée dans des secteurs de l'existence humaine où ce droit était revendiqué contre l'intrusion gouvernementale, est le critère, sociologique plutôt que normatif, de l'existence de *legitimate expectations of privacy* (ou d'attentes légitimes du public à ce que telle ou telle activité, tel pan de l'existence humaine, soit exempt de la surveillance ou de l'intrusion étatique) dans le domaine ou les circonstances visées. Les experts américains ont largement démontré l'insuffisance de ce critère d'évaluation dans une société où la technologie est omniprésente et la surveillance, banalisée. Nicole E. Jacoby, par exemple, a montré, en comparant la manière dont les juges aux États-Unis et en Allemagne identifient les cas de violation du droit à la protection de la vie privée, qu'en présence de mesures techniques de surveillance, le standard des « *legitimate expectations of privacy* » protégeait beaucoup moins l'individu confronté à cette surveillance que ne le protègent les principes normatifs (tels que le principe du respect dû à la dignité humaine, et le principe suivant lequel les individus ont un domaine inviolable dans lequel ils peuvent développer librement leur personnalité) sur lesquels s'appuie la Cour constitutionnelle allemande⁶.

En effet, l'inconvénient évident du standard volatile des « *expectations of privacy* » réside dans les faits : le niveau de l'*attente de protection* est lié au niveau de surveillance et de contrôle en vigueur et qui, de ce fait, devient difficile à contester en invoquant le droit à la protection de la vie privée. La seule présence et la généralisation du recours aux caméras de vidéosurveillance, indépendamment de la question relative à la légitimité de leur présence, diminue bien évidemment le niveau de protection de la vie privée, que les individus « s'attendent » à voir respecter. Cela signifie que dans les sociétés dans lesquelles il existe des systèmes de surveillance intense, les individus ne s'attendent pas à avoir beaucoup de vie privée : le critère

6 Nicole E. JACOBY, « Redefining the Right to Be Let Alone. Privacy Rights and the Constitutionality of Technological Surveillance Measures in Germany and the United States », *bePress Working Papers Series*, 2006, n° 1515.

des « *legitimate expectations of privacy* » sera donc très peu protecteur de leur vie privée et, en tout état de cause, ne permettra pas de contester la surveillance une fois que celle-ci aura été « installée ». Le champ d'application du droit à la protection de la vie privée, en conséquence de l'application d'un tel critère, sera toujours inversement proportionnel à l'intensité du déploiement technologique *de fait* et, en tout cas, n'excèdera pas les marges, de plus en plus étroites, de l'existence humaine non encore atteignables par les technologies de surveillance de plus en plus invasives et performantes, elles qui peuvent aller jusqu'à démasquer la signification du sourire que j'adresse à la caissière.

Une théorie de la vie privée qui repose sur des *expectations of privacy* ne peut pas être justifiée par le fait que la vie privée ne serait en définitive que le droit pour les individus de ne pas être « surpris » par des systèmes de surveillance dont ils ignorent la présence. Même dans les lieux où les individus ont été informés de l'utilisation de systèmes de surveillance et savent donc qu'ils sont observés, là où ils n'ont par conséquent aucune « expectation » en matière de vie privée, la surveillance, fût-elle manifeste et non cachée, peut leur causer un sentiment de « restriction » ou de « perte », un préjudice en somme, qu'ils qualifieraient probablement d'intrusion dans leur vie privée. Un exemple prosaïque est fourni par le cas de caméras vidéo placées dans des toilettes publiques, dont les visiteurs seraient avertis qu'ils sont filmés. Plus subtil par contre serait le cas où les employés savent qu'ils sont contrôlés par leur employeur et que leur productivité est évaluée en temps réel. C'est bien l'idée qui se trouve au fondement de l'innovation déjà évoquée pour laquelle Microsoft a récemment introduit une demande de brevet. Bien qu'ils n'aient pas d'*attente* en matière de vie privée dans ce cas, il semble quand même que les employés aient dans cette affaire « quelque chose à perdre », qui ressemble fort à leur « vie privée ».

Il n'est toutefois pas inutile de rappeler que bien que les *expectations of privacy* n'aient pas en Europe le rôle *définitionnel* qu'elles ont aux États-Unis, la banalisation de la surveillance, du profilage, de la rétention des « traces » que les individus « sèment » sur Internet et ailleurs, rend les individus de plus en plus « insensibles »

aux atteintes à leur droit à la protection de la vie privée au point que la probabilité que les individus exigent le respect de leur droit ou refusent de donner leur consentement à « être observés » dans ces nouveaux domaines où ils sont « observés » devient de plus en plus improbable, ce qui fait de la « mise en œuvre effective » des régimes de protection de la vie privée et de protection des données un problème central : que vaut encore un droit, aussi fondamental soit-il, si personne ne se plaint plus de sa violation ? Plus nous évoluons vers une « société de surveillance », plus il semble crucial, mais également extrêmement difficile, de garder vivace une « sensibilité » suffisante des citoyens à l'égard des questions relatives à la protection de leur vie privée. Ainsi, il nous apparaît de plus en plus « normal », voire même « naturel », d'être suivi en permanence par des systèmes de vidéosurveillance, de porter sur nous des instruments qui permettent à d'autres de nous identifier ou de nous localiser (GPS, mobilophone) et, à tout moment de suivre nos déplacements. Dans un autre ordre d'idées, il nous paraît normal de recevoir du fisc, une déclaration de revenus pré-remplie, qui témoigne de l'agrégation par nos administrations fiscales de renseignements émanant de sources diverses, y compris des associations de bienfaisance auxquelles nous faisons des dons.

À l'opposé de cette approche fondée sur les attentes des personnes concernées, une autre méthode, plus spécifiquement européenne, consiste à mettre en balance les intérêts concurrents et à établir dans chaque situation si elle implique le droit au respect de la vie privée et s'il existe des raisons légitimes et suffisamment importantes pour permettre des atteintes à ce droit, c'est l'évaluation « normative », requise notamment par l'article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme :

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Le principe de l'évaluation normative repose non pas sur l'examen des considérations « sociologiques » d'un groupe de personnes qui pourraient faire valoir qu'un traitement de leurs données personnelles était contraire à leurs attentes légitimes de protection de leur vie privée, mais bien sur le principe de proportionnalité qui implique une pondération des intérêts et qui s'opère *a priori* par des débats de société et *a posteriori* par le législateur et les juges. L'enjeu de la balance d'intérêts est irréductible aux seuls intérêts privés des personnes protégées par le droit à la protection de la vie privée ou des personnes concernées par les données à caractère personnel, et concerne directement la liberté des citoyens et leur capacité à agir en tant que citoyens.

Un des exemples les plus emblématiques d'évaluation normative se retrouve dans la décision déjà mentionnée de la Cour constitutionnelle allemande du 15 décembre 1983⁷, qui concernait la constitutionnalité de la collecte par l'État de données à caractère personnel dans un but statistique. La Cour constitutionnelle allemande situe le fondement du droit à l'autodétermination informationnelle (« *Informationelles selbstbestimmung* ») et par conséquent, des régimes légaux de protection des données et du droit au respect de la vie privée, de manière plus générale, dans le droit fondamental au « libre développement de la personnalité »⁸ protégé par l'article 2.1 de la Constitution allemande :

7 Cour constitutionnelle, 15 Déc.1983, *EuGRZ*, 1983, p. 171 et suiv. Sur cette décision, voir : E.H. RIEDL, « New Bearings in German Data Protection », *Human Rights Law Journal*, 1984, vol. 5, n° 1, p. 67 et suiv.; H. BURKERT, « Le jugement du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur le recensement démographique et ses conséquences », *Dr. Inf.*, 1985, p. 8 et suiv. Voir aussi E. BROUWER, *Digital Borders and Real Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Pub, 2007, 501 p.

8 La Cour reconnaît que l'étendue et le contenu du « droit de la personnalité » n'ont pas été déterminés de manière concluante dans la jurisprudence, mais elle indique néanmoins que ce droit « comprend l'autorité de l'individu de décider pour lui-même – sur base du concept d'autodétermination – quand et dans quelle mesure des faits relevant de sa vie privée pourront être révélés à autrui ». En lisant la décision dans son ensemble, nous comprenons que cette « autorité » de l'individu dont il est question, est loin de l'interprétation de la

La valeur et la dignité de la personne fondées sur l'autodétermination de celle-ci en tant que membre d'une société libre constituent la pierre angulaire de l'ordre établi par la Loi fondamentale. Le droit général à la personnalité consacré aux articles 2 (1) et 1 (1) GG protège ces valeurs [...].

Cette « décision recensement » de 1983 est une source d'inspiration inestimable pour affronter les nouveaux défis posés par les évolutions récentes de la société de l'information en ayant en tête les innovations technologiques et leurs impacts sociopolitiques déjà évoqués. Afin d'adapter les protections juridiques à la nature des menaces qui pèsent sur ce qu'il nous paraît important de protéger, encore faut-il s'interroger sur la nature de ces valeurs à préserver. Rattacher le droit au respect de la vie privée à ses fondements, à ce dont il est non pas la finalité, mais l'outil, ou la condition, nous permet face aux évolutions imprévisibles et sans précédent des technologies de l'information et de la communication, de nous fixer des critères d'évaluation solides par rapport auxquels peut s'évaluer le caractère adéquat des législations actuelles de protection des données, voire de proposer des améliorations réfléchies de ces législations⁹.

À cet égard, la récente promulgation de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par conséquent la reconnaissance du caractère quasi-constitutionnel du droit à la protection des données comme un droit constitutionnel distinct du droit à la protection de la vie privée pourrait, nonobstant l'intention noble de ces auteurs, rendre l'évaluation normative plus difficile sur certains points

vie privée en tant que « propriété » soutenue par certains experts en droit et en économie. Cette autorité n'est pas une fin en soi : elle prévient les situations qui limitent « la liberté de l'individu de planifier ou de décider sans être soumis à des pressions/influences (on vise par là l'autodétermination). Le droit à l'autodétermination en matière d'information exclut un ordre social ou légal dans lequel les citoyens ne pourraient plus savoir qui sait quoi sur eux, quand et à quelles occasions ».

9 À ce propos nos réflexions, dans Y. POULLET, *La protection des données : un nouveau droit constitutionnel ? Pour une troisième génération de réglementations de protection des données*, Académie de droit constitutionnel, Tunis, juillet 2007, à paraître dans *Recueil des cours de l'académie*.

au lieu de la clarifier. En effet, la disposition peut être interprétée comme attribuant à la protection des données une valeur en soi, intrinsèque, qui éclipserait de la sorte ce qui nous semble être un aspect important : la valeur plutôt « intermédiaire » ou « instrumentale » de la protection de données, sa nature, non pas de « fin en soi », mais seulement d'« outil » de sauvegarde et de promotion de valeurs plus fondamentales, à savoir la valeur du développement personnel autonome et de la participation politique. Par ailleurs, parmi les inconvénients qui pourraient découler de cette attribution d'une valeur *finale* plutôt qu'*intermédiaire* aux droits à la protection des données et au respect de la vie privée, figurent le risque de rigidité et le manque de plasticité des instruments juridiques de protection et leur incapacité subséquente à faire face aux défis actuels et à venir de la société de l'information. Le propos est dès lors de revenir aux principes démocratiques fondamentaux qui sous-tendent et justifient la proclamation de tels droits et des législations qui les traduisent. C'est dans ce contexte qu'il apparaîtra que le respect de la vie privée et la protection des données interagissent pour former le *système immunitaire* de l'espace psychique nécessaire à l'éclosion de nos libertés et que ce système, comme tout système immunitaire, doit évoluer pour s'adapter aux évolutions de « l'écosystème informationnel et sociétaire ».

Par ailleurs, la conception traditionnellement individualiste des droits de l'Homme pourrait elle aussi conduire à des interprétations erronées de la récente constitutionnalisation du droit à la protection des données. La protection des données – en raison du pouvoir donné aux individus sur leurs données personnelles – risque d'être interprétée, surtout à cette époque d'individualisme possessif où nous vivons, comme faisant de la satisfaction des préférences immédiates des individus en ce qui concerne leurs données personnelles – leurs choix de ne pas les révéler ou au contraire de consentir largement à leur utilisation à des fins diverses par des tiers, en l'échange d'avantages divers – la *valeur finale*, la *valeur en soi* de la protection des données. Une telle interprétation transforme le droit à la protection des données à caractère personnel en droit d'exploitation, commerciale ou non, de ces données, et détourne le régime juridique de son objectif de protection des valeurs démocratiques fondamentales que sont l'autonomie réflexive des individus et la délibération démocratique, sachant, en

outre, que la perception de l'information personnelle comme un produit librement négociable sur le marché risque de conduire à une situation dans laquelle la révélation volontaire par certains de « leurs » données à caractère personnel désavantagera nécessairement ceux qui préféreront pour leur part ne pas divulguer leurs données personnelles. Afin de contrer de telles dérives en germe dans la consécration du droit à la protection des données comme une « réappropriation par l'individu de son image informationnelle pour pouvoir mieux en disposer »¹⁰, une réévaluation des fondements normatifs du respect de la vie privée et de la protection des données est nécessaire.

2. Le droit à « l'autodétermination informationnelle » : le sujet pris comme objet ?

Avant de revenir à la décision allemande qui est très pertinente pour discuter des problématiques soulevées ci-avant, nous aimerions d'abord clarifier un point conceptuel important. Le concept de respect de la vie privée en tant qu'« autodétermination informationnelle » est désormais souvent considéré comme la justification essentielle fondant les régimes de protection des données, non plus uniquement en Allemagne mais aussi à travers toute l'Europe. Ce concept « d'autodétermination informationnelle » est souvent mal compris.

Notre sentiment est que le droit à l'autodétermination informationnelle ne devrait pas être interprété comme suggérant que le contrôle et la manipulation d'informations et de données concernant l'individu constituent une mise en œuvre de son « autodétermination ». L'information et les données ne sont pas les éléments préexistants ou constitutifs de la personnalité et de l'identité d'un individu ou du « soi ». Le croire serait erroné et réducteur : le « soi » n'est pas seule-

¹⁰ On ne peut qu'être frappé par l'évolution semblable qu'a connu la « patrimonialisation » du droit à l'image, sur ce point on relira l'ouvrage toujours d'actualité de B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Paris, Flammarion, janvier 2001. Le parallèle est d'autant plus intéressant que les données sont présentées comme l'image informationnelle de l'individu et que dès lors le régime de cette image informationnelle ne devrait pas différer du régime traditionnel du droit à l'image.

ment irréductible, il est aussi essentiellement différent des « données » et de « l'information » *qui sont produites ou construites à son égard*. Ce que l'on entend par « autodétermination informationnelle », c'est le fait que le contrôle par un individu de l'information et des données produites à son propos est une condition, nécessaire mais, ajoutons, non suffisante, pour lui permettre de vivre une existence ne fût-ce que partiellement « autodéterminée ». Rappeler cela nous paraît essentiel aujourd'hui, alors que s'intensifient les projets « identitaires » des souverainetés, se fondant de plus en plus, afin d'identifier les individus et d'exclure certains d'entre eux de certains statuts ou de certains droits, sur des données à caractère personnel (génétiques et/ou digitales) censées attester, plus sûrement que les récits autobiographiques, de l'identité, de la personnalité et des mérites des individus. Les récents débats français relatifs à l'ouverture de la possibilité, pour les candidats à l'immigration, de recourir – à leurs frais en cas de résultat négatif – aux tests ADN afin de leur permettre de prouver l'existence de liens familiaux avec des personnes résidant légalement sur le territoire français illustrent bien la tendance actuelle des gouvernements des États occidentaux consistant à faire de l'information personnelle, de préférence biométrique (et en particulier génétique) l'élément décisif de l'identité et la « clé d'accès » aux bénéfices et prérogatives associés à la citoyenneté. Ainsi, l'appartenance à tel ou tel profil (élaboré sur base d'algorithmes le plus souvent non-transparents¹¹), ou l'identification biométrique se substituent-elles de plus en plus aux faits biographiques, à l'histoire des individus tels qu'ils peuvent en témoigner.

Il convient de résister à ce réductionnisme et de bien dissocier le « réel » de sa « représentation » : l'individu, le « soi » n'est pas réductible à ses données, aux informations produites à son égard. Si nous insistons là-dessus, c'est parce que la tendance réductionniste a

¹¹ Sur les décisions prises sur base de profilages des individus, profilages issus d'opérations de « data mining » (forage de données) et leur importance dans la prise de décisions des administrations et des entreprises, lire J.M. DINANT, C. LAZARO, Y. POULLET, A. ROUVROY, Rapport au Comité consultatif « Convention n° 108 » du Conseil de l'Europe, septembre 2008, disponible sur le site du Conseil de l'Europe.

eu un impact très ambivalent sur le respect de la vie privée. Dans le contexte d'un individualisme possessif largement répandu et à un moment où la propriété privée et les lois du marché sont perçues comme la manière optimale pour allouer des droits, le droit à « l'autodétermination informationnelle » a de plus en plus été entendu comme la propriété de l'individu, impliquant un droit de propriété aliénable sur ses données et ses informations personnelles (même dans les cas où l'information personnelle de l'individu se rapporte à son identité, la notion de « voleur d'identité » illustre bien ce passage de l'information personnelle à l'état de « chose » détachée de la personne concernée par les données). Mais « l'information » ne préexiste pas à son « expression » ou à sa révélation (l'information est toujours un « construit » social), donc logiquement, aucun individu n'a de droit « naturel » de propriété originaire spécifique sur des informations et des données qui le concernent. Ces considérations ont des conséquences pour les débats actuels opposant l'idée d'une éventuelle « marchandisation » des informations à caractère personnel et de la vie privée individuelle au principe de leur caractère inaliénable et « hors marché ».

L'originalité de la position de la Cour allemande est à souligner. En rattachant l'autodétermination informationnelle non seulement à la notion de liberté mais également à celle de dignité, la Cour suggère l'application par défaut tout au moins d'un régime d'inviolabilité et d'inaliénabilité à l'information à caractère personnel. Cette position de la Cour allemande qui se réfère à la dignité humaine est en contraste avec celle qui tendrait à fonder l'autodétermination informationnelle uniquement sur la liberté du sujet¹². Il est possible de contraster, caricaturalement, l'approche néolibérale qui envisagera le droit à la protection des données comme un droit aliénable, négociable et l'approche égalitariste qui considérera plutôt que les règles de l'inaliénabilité sont essentielles pour protéger les individus contre

12 À cet égard, lire les interrogations de M. TH. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme », dans *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 308.

toute discrimination et stigmatisation, en particulier dans la sphère socio-économique. La présente contribution s'inscrit ainsi dans une perspective situant la dignité humaine et l'autonomie personnelle dans le haut de la hiérarchie des valeurs fondamentales, conformément à l'esprit de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 1983.

3. La décision de 1983 relative au recensement statistique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

La Cour allemande n'a pas reconnu la protection des données à caractère personnel comme une valeur en soi, finale, mais « seulement » comme une valeur « instrumentale » un outil, essentiel toutefois, au service de l'exercice par les individus de leur droit fondamental au libre développement de leur personnalité. Il faut donc bien comprendre que le droit à la protection des données lui-même, dans cette perspective, ne se confond pas avec l'autonomie, l'autodétermination ou le droit au développement personnel (suivant la manière dont on qualifie les valeurs primordiales qui fondent le droit au respect de la vie privée et à la protection des données). L'attribution à la vie privée et à la protection des données d'une valeur « intermédiaire » et non « finale » est importante parce qu'elle permet d'éviter la confusion souvent rencontrée en pratique entre le concept juridique de vie privée et les concepts philosophiques, politiques et psychologiques très étendus d'autonomie, d'auto-détermination ou de développement personnel¹³, et la difficulté qui en découle pour déterminer exactement comment le droit devrait intervenir pour protéger ces valeurs fondamentales.

L'argumentation tenue par la Cour dans sa décision mérite quelques développements. Les attendus de la décision allemande

13 Les célèbres théories de la vie privée en tant que « droit d'être laissé tranquille » (WESTIN et BRANDEIS), ou en tant que « droit de l'individu [...] d'être libre de toute intrusion injustifiée de l'État » (selon la conception du juge BRENNAN dans *Eisenstadt c. Baird* (1972) amènent en effet des confusions entre vie privée et liberté.

apparaissent utiles à la fois pour clarifier les difficultés conceptuelles qui caractérisent à la fois les notions de vie privée et de protection des données à caractère personnel et l'interaction entre ces notions et, à la fois, pour envisager l'évolution des régimes de protection de la vie privée et des données personnelles dans le contexte des nouveaux défis que pose le développement exponentiel des technologies de l'information et de la communication au seuil de l'ère de l'intelligence ambiante.

En particulier, on relève l'attendu suivant de la décision. Son contenu peut non seulement être retenu pour décrire la situation existante en 1983 et les défis posés aux libertés individuelles par les systèmes d'information alors naissants mais aussi et surtout, pour anticiper la réponse que la décision allemande suggère face aux développements les plus récents des technologies comme il sera par la suite démontré plus loin :

Cette autorité (la possibilité pour l'individu de décider pour lui-même) doit être protégée surtout dans les conditions actuelles et à venir du traitement automatisé des données. Elle est mise en péril principalement parce que la prise de décision n'est plus réalisée sur base de registres et de dossiers collectés manuellement. Aujourd'hui, à l'aide du traitement automatisé, les moyens de conserver des informations sur des situations personnelles ou factuelles concernant une personne déterminée sont pratiquement illimités et ces données peuvent être rapportées en quelques secondes sans aucune considération de distance. De plus, elles peuvent être rattachées à d'autres données déjà collectées – en particulier lorsqu'on crée des systèmes d'information intégrés – pour constituer ensemble un profil partiel ou complet de la personnalité d'un individu; les personnes contrôlées ne disposant pas de moyens suffisants pour contrôler l'exactitude de ce profil ou l'utilisation qui en est faite. Les possibilités d'inspecter et de gagner en influence ont augmenté à un point jamais atteint auparavant et pourraient influencer le comportement des individus en raison de la pression psychologique exercée par les intérêts publics. Même sous certaines conditions de technologies modernes du traite-

ment de l'information, l'autodétermination individuelle présuppose que l'individu continue à disposer de sa liberté de décider d'agir ou de s'abstenir, et de la possibilité de suivre cette décision en pratique. Si l'individu ne sait pas prévoir avec suffisamment de certitude quelles informations le concernant sont connues du milieu social et à qui celles-ci pourraient être communiquées, sa liberté de faire des projets ou de décider sans être soumis à aucune pression est fortement limitée. Si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit officiellement enregistrée et qu'il coure personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits. Ceci n'a pas seulement un impact sur ses chances de se développer, le Bien-être commun (« Gemeinwohl ») en est aussi affecté car l'autodétermination est une condition élémentaire fonctionnelle dans une société démocratique libre, basée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer (traduction libre).

3.1 Les lois de protection des données fondées directement sur des droits fondamentaux constitutionnels

En premier lieu, comme déjà mentionné, la Cour reconnaît, à la protection de la vie privée ou des données, une valeur « intermédiaire » plutôt que « finale » : ce sont des outils qui garantissent la protection de valeurs plus fondamentales ou de droits plus « essentiels », à savoir la dignité humaine et le droit au libre épanouissement de la personnalité individuelle. Plus tôt dans sa décision, la Cour allemande soutient que :

Le standard applicable est le droit de tout un chacun à développer librement sa personnalité. La valeur et la dignité de la personne fondées sur l'autodétermination de celle-ci en tant que membre d'une société libre constituent la pierre angulaire de l'ordre établi par la Loi fondamentale. (Grundgesetz GG). Le droit de la personnalité visé aux articles 2 (1) et 1 (2) GG est

destiné à protéger ces valeurs – sans préjudice de garanties de la liberté plus spécifiques – et acquière plus d'importance si l'on garde à l'esprit les développements modernes et les dangers pour la personnalité de l'Homme qui s'ensuivent.

Par cette affirmation, la Cour établit un lien clair et direct entre le régime de protection des données et deux valeurs de base consacrées dans la Constitution. En effet, elle interprète les régimes légaux de protection des données comme de simples *mises en œuvre* de ces droits fondamentaux constitutionnels. Le premier de ces droits est le droit au respect et à la protection de la « dignité » de tout un chacun garanti à l'article 1^{er} de la Constitution¹⁴, le second est le droit au « développement personnel » visé à l'article 2 de la Constitution¹⁵. Le fait que la Cour se réfère directement à ces principes sans mentionner à ce stade de son raisonnement la loi existante sur la protection des données est révélateur. De son point de vue, les principes de protection des données dérivent *directement* de ces deux dispositions constitutionnelles qui consacrent, d'une part, la valeur d'autonomie (l'autodétermination) et, d'autre part, l'incommensurabilité de toute personne dans la société (la dignité).

Pour être plus précis, le régime de protection des données est un outil permettant de garantir ces valeurs fondamentales et doit être interprété à la lumière de ces valeurs. Cela a d'importantes conséquences, tel que nous l'avons déjà mentionné, dans les débats concernant l'(in)aliénabilité des droits à la protection de la vie privée et des données, et dans la mise en balance législative (test de proportionnalité) à réaliser au moment de la mise en œuvre des principes de protection des données. Ajoutons que ces deux dispositions ne sont pas, d'après la Cour, situées au même niveau que les autres dispositions constitutionnelles qui garantissent des libertés plus spécifiques,

14 Art. 1^{er} GG : « La dignité de l'Homme est inviolable. Tout État et toute autorité a pour tâche de la respecter et de la protéger ».

15 Art. 2 GG : « Tout individu a droit au libre développement de sa personnalité pour autant qu'il ne viole pas les droits d'autrui ou l'ordre constitutionnel ou l'ordre moral ».

telles que la liberté d'association, de religion ou d'expression. Toutes ces autres libertés présupposent la reconnaissance et le respect préalable de la dignité et du droit à l'autodétermination.

En d'autres termes, le fondement du droit à la protection de la vie privée permet d'expliquer le fondement de toutes les autres libertés. C'est ainsi qu'avec raison, H. Burkert¹⁶ peut écrire que le droit à la vie privée est, parmi les autres libertés, la liberté « fondamentale fondamentale », c'est-à-dire doublement fondamentale en ce sens qu'elle constitue la possibilité de toutes les autres libertés fondamentales. En d'autres termes, le « droit à la vie privée » (*The right to Privacy*) est conçu comme l'ensemble des prérogatives qui apparaissent nécessaires au droit pour permettre le développement de la personnalité de l'individu, son autonomie, dans une société donnée et évolutive afin d'assurer ainsi la vitalité de nos sociétés démocratiques. En ce sens, ce droit constitue une liberté doublement « fondamentale », dans la mesure où cette liberté elle-même fondamentale conditionne l'exercice de l'ensemble des autres libertés et droits fondamentaux. Comment imaginer la liberté d'expression et la liberté d'aller et venir dans une société de totale surveillance ? Par ailleurs, on ajoutera que, dans le cadre même de son exercice, dans la mesure où l'individu ne peut être considéré comme isolé mais au contraire situé dans des relations interpersonnelles et ce dans une société structurée, cette autonomie des personnes entre en conflit avec d'autres droits, libertés et intérêts des tiers et de l'État. Il reviendra donc au juge de concrétiser la norme générale, ce droit vague à la vie privée, dans des situations concrètes. En ce sens, la vie privée est également un droit *fondamentalement relatif*, qui ne prend sa valeur que traduit dans des contextes particuliers et devant être évalué à l'aune de ces contextes chaque fois particuliers et réévalué en fonction de l'évolution des risques propres à ces contextes. C'est ce qui est abordé maintenant.

16 H. BURKERT, « Dualities of Privacy – An Introduction to "Personal Data Protection and Fundamental Rights" », dans M.V. PEREZ, A. PALAZZI, Y. POULLET (eds), *Privacy – New visions*, Cahier du Crid, n° 31, 2008, p. 13-23.

3.2 Des valeurs fondamentales protégées par des lois évolutives dans un monde contingent

La Cour reconnaît que l'évolution des technologies appelle une adaptation des protections juridiques de la vie privée en raison des menaces nouvelles que ces technologies représentent pour la valeur fondamentale du « libre épanouissement de la personnalité ». D'après la Cour, l'émergence des protections juridiques des données à caractère personnel reflète bien cette nécessité d'adaptation du cadre juridique. Dès 1983, l'autodétermination des individus était, selon la Cour, « surtout mise en péril en raison du fait que, contrairement à ce qui se faisait dans le temps, il n'est plus nécessaire aujourd'hui de se référer à des fiches cartonnées et à des documents manuellement compilés depuis que les données relatives aux relations personnelles ou matérielles d'un individu déterminé peuvent être sauvegardées à l'aide du traitement automatisé des données sans aucune restriction technique et peuvent être consultées instantanément sans quelconque considération de distance » (cf. art 2 § 1 Loi fédérale sur la protection des données). De plus, la création de systèmes d'informations intégrés à d'autres bases de données permet d'intégrer des données au profil partiel ou complet d'un individu sans que ce dernier puisse donner ou refuser son consentement, notamment eu égard à l'exactitude et à l'utilisation de ses données. Ce que « l'autodétermination » présuppose et ce qu'elle rend possible dans une société déterminée (les « facettes » du respect de la vie privée) dépend inévitablement de plusieurs facteurs évolutifs.

Contrairement à ce que suggère notamment L. Lessig, l'évolution technologique n'est pas la seule raison pour laquelle il convient d'adapter notre cadre législatif. L'évolution des circonstances socio-politiques peuvent-elles aussi générer de nouvelles menaces pour l'autodétermination des personnes, et l'adaptation des législations de protection des données à caractère personnel et des multiples facettes de la vie privée peut s'avérer cruciale à cet égard également. Les lois garantissant le respect de la vie privée et mettant en œuvre la protection des données doivent donc être adaptées en fonction des évolutions technologiques et sociopolitiques qui menacent les condi-

tions nécessaires aux individus pour développer leur capacité à développer librement leur personnalité.

Dans les circonstances actuelles, ces régimes juridiques de protection de la vie privée et de protection des données doivent être revus de manière à faire face notamment aux nouveaux défis que posent pour la capacité individuelle d'autodétermination le déploiement en cours ou imminent de l'informatique omniprésente (*ubiquitous computing*) et de l'intelligence ambiante.

La nécessité de protéger l'aptitude individuelle à s'autodéterminer n'est pas, suivant le raisonnement de la Cour, uniquement ni même prioritairement fondée sur l'intérêt des individus concernés. La Cour s'éloigne d'une attitude paternaliste en tant qu'elle considère en effet que la protection de l'autodétermination individuelle est une nécessité vitale pour la préservation d'une société libre et démocratique. La valeur que prennent la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel est bel et bien *structurale* dans la mesure où l'autonomie individuelle (l'autodétermination) et l'autonomie collective (la démocratie délibérative) se présupposent et se renforcent mutuellement, et présupposent ensemble l'effectivité d'une série de droits et libertés fondamentaux qui permettent à l'individu de vivre une vie qu'il peut qualifier (en partie, à tout le moins) d'autodéterminée, d'autobiographique, suivant des projets, des idéaux, des conceptions du « bien » qu'il a lui-même choisis¹⁷. Dans

17 Voir Onora O'NEILL, *Autonomy and Trust in Bioethics (Gifford Lectures, 2001)*, Cambridge University Press, 2002, qui rappelle la grande variété de notions qui ont été associées au concept d'autonomie par des experts tels que Gerald DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988. Ce dernier énumère la liberté (positive ou négative), la dignité, l'intégrité, l'individualité, l'indépendance, la responsabilité, la connaissance de soi, le caractère impérieux, l'esprit critique, l'absence d'obligations, l'absence de causalité externe et la connaissance de notre propre intérêt en tant que concepts qui ont été assimilés au concept d'autonomie. Voir aussi Ruth FAIDEN et Thomas BEAUCHAMPS, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, 1986, selon lesquels l'autonomie peut aussi être définie comme la vie privée, la volonté, la maîtrise de soi, le

ce sens, le droit au respect de la vie privée, de même que le droit à la protection des données, consacrent moins l'existence de droits subjectifs à la libre disposition de leurs titulaires, que certaines des conditions structurellement nécessaires à la vitalité d'une société démocratique délibérative. Nous préciserons ce point ultérieurement. Notons seulement pour l'instant que cela apparaît évident dès lors que l'on réalise les liens existant entre la protection de la vie privée et des données à caractère personnel d'une part, et, d'autre part, une série de libertés civiles et politiques fondamentales telles que la liberté de circulation, la liberté d'expression¹⁸, la liberté d'association, dont l'exercice conditionne la vitalité politique en démocratie. Les citoyens doivent pouvoir agir sans la crainte d'être jugés hors contexte par des bureaucraties publiques et/ou privées qui interprètent à distance leurs attitudes, comportements et prises de parole écrites ou orales, sur base d'informations qu'elles ont elles-mêmes récoltées et traitées. Maintenir et favoriser l'expression privée *et publique* des idées, des préférences, des opinions des individus figurent parmi les obligations de l'État dans une société démocratique¹⁹. La Cour a par conséquent expressément reconnu qu'il est :

[...] nécessaire pour un développement libre de la personnalité que dans les conditions modernes de traitement des données, l'individu ait une protection contre la collecte, la conservation et la transmission illimitées de ses données à caractère personnel.

Le droit à « l'autodétermination informationnelle » (fondé sur les principes fondamentaux de dignité et de développement personnel) procure ainsi aux individus certains pouvoirs de prendre eux-mêmes

choix libre, le fait de choisir sa propre position morale et le fait d'accepter la responsabilité de nos choix.

18 Sur le lien entre la protection de la vie privée « psychique » et la liberté d'expression, lire Neil M. RICHARDS, « Intellectual Privacy », *Texas L. Rev.*, vol. 87, n° 2, décembre 2008.

19 « Il en découle que, dans les conditions modernes de traitement de données, il est nécessaire pour le développement libre de la personnalité des individus que ceux-ci bénéficient d'une protection contre la collecte, la conservation et la transmission de leurs données personnelles ».

des décisions concernant la collecte, la révélation et l'utilisation de leurs données à caractère personnel et, au-delà, le pouvoir de participer aux délibérations relatives au bien-fondé des limitations imposées à leurs libertés fondamentales que de tels traitements de données peuvent représenter. Ainsi, la Cour reconnaît-elle explicitement que le droit à l'autodétermination informationnelle n'est pas absolu.

L'individu ne possède pas un droit qui lui permettrait d'avoir une maîtrise absolue, illimitée de « ses » données; sa personnalité dépend en réalité de la communication qui se développe au sein de la communauté sociale. L'information, même liée à la personnalité, est le reflet d'une réalité sociale et ne peut pas être associée uniquement à l'individu concerné. Concernant la tension existante entre l'individu et la société, la Loi fondamentale a donc décidé en faveur de l'individu relié et lié à la communauté.

Telle que mentionnée ci-avant, cette conception de l'individu non pas isolé, mais toujours en relation et en interaction avec les autres impose la mise en balance des intérêts respectifs des acteurs concernés (individus, entreprises privées, gouvernements)²⁰. Par conséquent, la Cour rappelle l'importance du « principe de proportionnalité », principe constitutionnel qui :

20 Suivant P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Privacy, Data Protection and Law Enforcement. Opacity of the Individuals and Transparency of the Power », dans E. CLAES et al. (ed.), *Privacy and the Criminal Law*, Interscientia, Antwerpen-Oxford, 2006, p.74 : « un individu n'a jamais un contrôle absolu sur un aspect de sa vie privée. Bien que les individus aient la possibilité d'organiser leur vie comme il leur plaît, il est évident que cela cause des frictions sociales ou intersubjectives. À ce stade, les droits, les libertés et les intérêts des autres entrent en jeu. Les zones de frictions et de tensions et les conflits créent le besoin d'une mise en balance des droits et des intérêts qui donnent à la vie privée son sens et sa pertinence. Ceci montre clairement que la vie privée est une notion relationnelle, contextuelle et per se sociale qui nécessite une substance uniquement quand elle entre en conflit avec d'autres intérêts privés ou publics bien qu'elle soit essentielle pour un État démocratique en raison de sa référence à la liberté » (traduction libre).

[...] découle de l'essence des droits de base, comme l'expression de la requête des citoyens pour la liberté [...]. Tenant compte des dangers de l'utilisation de traitements automatisés des données mentionnés ci-avant, le législateur a pour tâche, plus encore qu'auparavant, de mettre en place des mesures de protection organisationnelles et procédurales pour déjouer les dangers de la violation des droits de la personnalité.

Les atteintes au droit à l'autodétermination informationnelle ne sont permises que lorsque les « intérêts publics (ou privés) prédominants » surpassent en importance l'intérêt individuel qui fonde le droit individuel au libre développement de la personnalité et qu'il n'existe pas d'autre solution moins attentatoire à ce droit pour satisfaire ces intérêts prépondérants. La décision de la Cour impose aussi le respect du principe de clarté et de transparence des normes juridiques (« *Normenklarheit* ») et du principe général de l'État de droit (« *Rechtsstaat* ») dont le rôle est de prévenir l'atteinte à la personnalité des individus.

3.3 Le respect de la vie privée en tant qu'outil de structure sociale destiné à préserver une société libre et démocratique : la co-originalité de l'autonomie privée et publique

Troisièmement, la Cour confère au respect de la vie privée et de la protection des données le statut d'exigences structurelles nécessaires à la préservation d'une société libre et démocratique. Le bénéfice du droit au libre développement de la personnalité caractérise les membres d'une société démocratique. En d'autres termes, comme déjà souligné précédemment, les régimes de protection de la vie privée et des données à caractère personnel ne servent pas seulement à protéger les meilleurs intérêts des détenteurs de ces droits (de fait, ces intérêts individuels pourraient d'ailleurs, dans un certain nombre de cas, être mieux satisfaits, dans le court terme en tout cas, par la « renonciation » stratégique à la protection de ces droits en l'échange d'avantages divers : primes de fidélité, contrat d'assurance ou d'emploi plus favorable, etc.), ils servent également, d'une part, à soutenir une certaine conception de l'égalité d'opportunités contre les effets

désagréateurs de la solidarité imposés par l'individualisme possessif et, d'autre part à sauvegarder une certaine vivacité démocratique.

Sur ce dernier point, la décision allemande est particulièrement explicite :

Si l'on n'est pas en mesure de savoir avec suffisamment de certitude qui sait quoi à notre propos, ceux qui ne savent pas si leurs attitudes et leurs actions différant de la norme sont remarquées et conservées de façon permanente, traitées ou diffusées vont essayer de ne pas se faire remarquer par leur comportement. Ceux qui envisagent la possibilité que leur présence à une réunion ou que leur participation à une initiative civile soit enregistrée par les autorités seront incités à renoncer à l'exercice de leurs droits de base (*Loi fondamentale art 8 § 9*).

Dans sa décision de 1983, la Cour constitutionnelle allemande considère l'autonomie individuelle non pas comme une retraite et une indépendance radicales de la personne vis-à-vis de son environnement social mais bien plutôt comme l'autonomie d'une personne radicalement intégrée dans la société, vivant et communiquant avec d'autres personnes. Sur ce point, la décision confirme le point de vue qu'elle avait déjà adopté en 1954²¹ :

L'image de l'Homme que sous-tend la Loi fondamentale n'est pas celle d'un individu solitaire et souverain. Dans la tension existante entre l'individu et la collectivité, la Loi fondamentale a au contraire voulu privilégier les liens de relation et solidarité entre la personne et la Communauté.²²

21 B Verf G, le 20 juillet 1954, *BVerfGE*, 4, 7, 15-16.

22 Suivant l'interprétation proposée par M. T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme », dans F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Collection Droit et Justice 63, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2005.

Ainsi, selon les commentateurs, la liberté protégée par la Constitution n'est en aucun cas comparable à la liberté d'un « Robinson Crusoë »²³. Le droit au développement personnel n'est pas conçu comme la liberté isolée d'un individu vivant en retrait du reste de la société mais au contraire, comme un droit dont il jouit en tant que membre d'une société libre. La Cour constitutionnelle fait référence au concept kantien de la liberté qui présuppose que les individus aient la possibilité de développer leurs personnalités au travers des interactions et des conversations qu'ils entretiennent entre eux, et qui est donc circonscrite par les demandes légitimes de la société²⁴. Les individus devant interagir et coopérer avec les autres et avec l'État afin de se développer personnellement, la protection des données organise donc un système de *révélation* des données à caractère personnel respectueux du droit de l'individu à s'autodéterminer, l'opacité et la transparence contribuant ainsi à soutenir le développement personnel de l'individu.

Au terme de ce raisonnement, il apparaît que l'autodétermination est moins une valeur indépendante *per se*, qu'un outil destiné à garantir le fonctionnement démocratique de la société.

Les libertés et les droits de l'Homme ne limitent pas seulement le pouvoir de l'État, ils habilitent aussi les citoyens à participer au système politique. Ces droits et libertés permettent aux citoyens de développer et d'exercer leurs pouvoirs moraux en

23 En plus des commentateurs de la décision (BURKERT, RIEDL) déjà mentionnés, voy. également MAINZ, DÜRIG, HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H.Beck, sous l'article 2.

24 Remarquons ici que théoriquement, si on suit les fondements kantien de la décision, il n'y a pas de raison de penser en ce qui concerne la légitimité de l'État, que les intérêts des individus et de l'État seraient en conflit les uns contre les autres (voir l'idéal kantien de l'universalité de la raison, suivant lequel un individu ne peut raisonnablement pas souhaiter quelque chose qui n'est pas à la fois quelque chose que toute sa communauté, l'État souhaiterait. À cet égard, la conception de RAWLS, suivant laquelle l'unique justification de l'État serait la garantie d'un maximum de liberté pour chaque individu est tout à fait étrangère aux enseignements de KANT, tels que repris par Habermas entre autres).

informant, en révisant et en poursuivant rationnellement leurs conceptions du Bien.²⁵

Une source d'inspiration pour réfléchir au renforcement de l'autonomie privée et publique (l'idée que celles-ci soient co-originales) est le discours d'Habermas sur la théorie du droit : « Seules sont valides, les normes d'action auxquelles toutes les personnes pouvant en être affectées peuvent donner leur accord en tant que participants à des discours rationnels ». Dans une telle perspective, le droit au développement personnel (et la possibilité de délibérer de manière réflexive) constitue une condition nécessaire au processus démocratique de définition du bien commun et des règles de justice. Cette idée de l'interdépendance originaire et essentielle (« *co-originality* ») de l'autonomie privée et de l'autonomie publique se retrouve en filigrane chez des auteurs américains tels que Schwartz, Treanor, Flemming et d'autres²⁶, lorsqu'ils dévoilent la valeur non pas individuelle, mais structurelle et sociale du droit à la protection de la vie privée. Rappelons encore que Michel Foucault, dans ses cours du Collège de France sur *Le gouvernement de soi et des autres*²⁷ insistait lui aussi sur la notion suivant laquelle le « gouvernement de soi », passant par le « dire vrai » (le « courage de la vérité » ou la *parrêsia*),

25 P. DE HERT et S. GUTWIRTH, précité, p. 64. Ces auteurs se réfèrent aux conceptions des Droits de l'homme soutenues par Rawls, Dworkin et Habermas.

26 Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms*, MIT Press, 1996; P.M. SCHWARTZ, et W.M. TREANOR, « The New Privacy », (2003) 101 *Michigan Law Review*, p. 216; James E. FLEMMING, « Securing Deliberative Autonomy », (1995) 48 *Stanford Law Review*, N.1, p. 1-71, soutient que la structure de base de l'autonomie délibérative garantit les libertés fondamentales qui sont des conditions préalables significatives à l'habilité des personnes à délibérer et à prendre certaines décisions fondamentales qui affectent leur destin, leur identité ou leur mode de vie. Sur la démocratie délibérative, voir : James E. FLEMMING, « Securing Deliberative Democracy », (2004) 72 *Fordham Law Review*, p. 1435. Sur le concept de « co-originalité », voir : Rainer NICKEL, « Jürgen Habermas' Concept of Co-originality in Times of Globalisation and the Militant Security State », IUE Working Paper Law, 2006/27.

27 M. FOUCAULT, *Le gouvernement de soi et des autres*, Cours au Collège de France. 1982-1983, Gallimard, Seuil, 2008.

se trouve être un préalable indispensable au gouvernement des autres. Or le « dire vrai », ce « courage de la vérité », ne peut, nous semble-t-il, advenir pleinement sans que dans certaines conditions où le sujet n'est pas 'menacé' il parle ou agit différemment des autres.

4. « La dignité » et « l'autonomie » : quelques clarifications conceptuelles

Les juges de Karlsruhe ont ancré leur approche du droit au respect de la vie privée dans deux dispositions constitutionnelles distinctes qui reflètent la suprématie de deux valeurs fondamentales dans l'ordre constitutionnel allemand : la dignité humaine d'une part, et le développement personnel de l'individu dans une société libre d'autre part. La combinaison de ces valeurs a amené la Cour à reconnaître l'existence d'un « droit générique à la personnalité » (« *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* ») au cœur de l'ordre constitutionnel de la République allemande. Ce droit, transposé dans le contexte technologique de 1983, devait être entendu comme un droit à l'autodétermination *informationnelle* justifiant l'adoption de la Loi sur la protection des données. Il s'ensuit que l'interprétation de la loi doit nécessairement être guidée par son inspiration constitutionnelle.

La référence à la dignité humaine place le régime légal de protection des données dans une perspective centrée sur l'Homme et dans l'optique d'un développement technologique au service du développement de la personnalité humaine. La dignité de l'individu relève des « attributs de l'individu qui sont irréductibles à son individualité »²⁸. D'après la Cour constitutionnelle allemande, « le droit au respect de la vie privée protège l'intérêt de l'individu à devenir, à être et à rester une personne »²⁹. Contrairement à

28 P. FREUND, cité par D. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », (2002) 90 *Cal. Law Rev.*, 1090.

29 J.H. REIMAN, « Privacy, Intimacy, and Personhood », dans D. SCHOEMAN (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, F, p. 314. Voir aussi, J. RUBENFELD, « The Right of Privacy », (1989) 102 *Harv. Law Rev.*, p. 737-807.

l'autonomie, la dignité est inconditionnellement reconnue à tout être humain. En effet, une personne qui n'est pas « autonome » se voit néanmoins reconnaître, du seul fait de sa naissance sa « dignité » en tant que personne humaine. Dans un sens kantien, la dignité humaine est une condition des êtres humains qui leur est reconnue en raison de leur capacité théorique ou générique de faire preuve d'autonomie, peu importe qu'ils développent ou non cette capacité dans les faits.

Le droit au respect de la vie privée est donc un concept légal dont la valeur tient aux idéaux sociopolitiques (ou valeurs finales) de liberté, d'autonomie et d'autodétermination qu'il contribue à protéger ou à renforcer. L'autonomie et l'autodétermination (dont l'individu fait preuve par exemple lorsqu'il soutient des idées ou adopte un style de vie qui, sans être illégaux, pourraient être politiquement et socialement impopulaires) ne peuvent pas être qualifiées elles-mêmes de « droits » au sens juridique car il ne s'agit pas de quelque chose que l'État peut procurer aux individus, et la simple abstention de l'État de s'immiscer ou d'interférer dans les affaires « privées » ou « intimes » des individus n'est évidemment pas suffisante pour rendre ces derniers autonomes³⁰. L'autonomie ou l'autodétermination sont, au même titre que le bonheur, par exemple, une question de degré, et les conditions de l'autonomie individuelle sont tellement diversifiées et subjectives qu'on ne peut dès lors concevoir une loi puisse garantir l'exercice effectif d'un tel « droit à l'autonomie »³¹, sauf à tomber dans le modèle paradoxal d'un état totalitaire imposant à tous un modèle unique de bonheur et d'autonomie humaine.

30 Soutenir que la simple immunité contre l'immixtion ou l'interférence de l'État ou d'autres individus dans mes affaires « personnelles » fait de moi une personne autonome, c'est confondre les concepts d'autonomie et de *liberté négative*. Un exemple paradigmatique peut nous en convaincre : un enfant de moins de cinq ans est laissé seul, il jouit effectivement de la *liberté négative* que lui procure la non-interférence dans les affaires privées des individus mais il ne jouit certainement pas d'une *autonomie*. On pourrait même considérer qu'il est privé de *véritable liberté* vu qu'il sera probablement sujet à la faim et aux autres menaces que pèsent sur les enfants laissés seuls.

31 Considérer le « droit à l'autonomie » comme un droit fondamental de l'homme impliquerait une justification pour toute restriction apportée à ce « droit » par des parents vis-à-vis de leur enfant.

Il existe des capacités qui ne sont pas à la portée de tout un chacun ou que certains individus ne souhaitent pas nécessairement développer. L'autonomie individuelle relève de ces capacités, tout comme les talents musicaux ou artistiques ou même le bonheur, qui ne sont pas des choses que l'État peut ni doit procurer aux individus à travers des lois. Un « droit d'être autonome » ne ferait pas plus de sens dans une loi qu'un « droit d'être heureux ». Ce qui existe par contre, c'est un droit de rechercher le bonheur (comme cela est consacré dans La Déclaration d'Indépendance américaine de 1776 : « Nous tenons ces vérités pour des évidences, que tous les Hommes sont créés égaux, qu'ils sont dotés par leur Créateur de certains droits inaliénables parmi lesquels la Vie, la Liberté et la recherche du Bonheur ») et donc un droit de rechercher l'autonomie.

Malgré l'incapacité radicale de la loi de « créer » ou de « garantir » l'autonomie individuelle, *respecter* l'autonomie individuelle des individus (et s'abstenir d'interventions paternalistes dans les choix personnels lorsque ceux-ci manifestent l'autonomie des individus³² et qu'ils ne portent pas préjudice à autrui³³) et leur procurer autant que possible, les conditions nécessaires au développement de ces capacités d'autonomie (processus individuel de « self-government ») et à la démocratie délibérative collective (le processus collectif de discours critiques indispensable à une démocratie vive) est devenu l'impératif éthique et juridique le plus fondamental dans les sociétés occidentales actuelles. Dans ces sociétés, le respect de ces impératifs est perçu comme une condition de légalité et de légitimité de la loi.

32 Le respect de l'autonomie individuelle des personnes et, par conséquent, des décisions qu'elles prennent dépend, en droit, de la constatation que l'individu est *effectivement* autonome dans les choix qu'il réalise. Cette condition d'autonomie implique l'absence de contrainte physique, mentale ou économique. Toute interférence avec des choix légitimes, pleinement conscients et non forcés des individus, est inacceptable même si l'interférence survient dans l'intérêt du sujet. Dans ce dernier cas, on parle de paternalisme légal inacceptable.

33 Pour J.S. MILL, ces « self-regarding acts » marquent justement la limite que l'intervention étatique ne peut légitimement franchir.

Un enseignement important de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande de 1983 est le fait que, comme mentionné ci-avant, le respect de la vie privée n'est plus considéré uniquement comme une valeur individualiste. Au-delà des efforts actuels visant à renforcer le contrôle que les individus peuvent exercer sur « leurs » données personnelles, il importe d'identifier la fonction normative (ou plutôt structurelle) de la régulation des flux d'informations à caractère personnel et de bien mesurer le rôle que joue cette régulation en régime de démocratie délibérative, lorsqu'elle vient en renfort de l'autodétermination individuelle. Comme l'exprime très bien P. Regan³⁴ :

[...] la valeur du respect de la vie privée dépasse son utilité à aider les individus à sauvegarder leur dignité ou à développer des relations personnelles. La plupart des experts en matière de vie privée insistent sur le fait qu'il est préférable pour les individus qu'existe le respect de la vie privée. Je soutiens qu'il est également préférable pour la société qu'existe le respect de la vie privée car le respect de la vie privée sert non seulement les intérêts individuels mais aussi les fins communes, publiques et collectives.

34 P. M. REGAN, *Legislating Privacy, Technology, Social Values and Public Policy*, New York, 1995, p. 321. Voir aussi D. SOLOVE, « The Digital Person, Technology and Privacy in an Information Age », New York University Press, 2004, p. 57 et suiv. et SCHWARTZ, « Beyond Code for Internet Privacy : Cyberspace Filters, Privacy Control, and Fair Information Practice », (2000) *Wisconsin Law Rev.*, p. 787. « Cet article a développé un concept de vie privée constitutive à la place de l'idée de Lessig suivant laquelle la vie privée protégerait un droit de contrôle individuel. La vie privée informationnelle est une valeur constitutive qui sauvegarde la participation et l'association dans une société libre [...]. Les règles de vie privée informationnelle devraient avoir une fonction constitutive en définissant des territoires informationnels multidimensionnels qui isolent les données personnelles de l'observation par différentes parties ».

Tel que l'exprime Burkert³⁵ déjà cité, le respect de la vie privée peut être considéré comme « un droit fondamentalement fondamental ». Le respect de la vie privée n'est pas une liberté « de même niveau » que les autres libertés fondamentales. En effet, le respect de la vie privée n'est pas seulement essentiel à la protection de la dignité humaine et de l'autonomie individuelle, il traduit aussi ces exigences éthiques dans la sphère légale et conditionne l'effectivité de la plupart des autres droits et libertés fondamentaux.

Force est néanmoins de constater l'impossibilité de définir substantiellement et de manière précise la vie privée. Cette indétermination est inévitable étant donné le fait que le contenu de ce qui relève du droit à la protection de la vie privée et qui est compris dans l'extension du concept de vie privée est « fondamentalement » contingent au contexte sociétal dans lequel nos capacités autonomiques en tant qu'individus doivent être protégées. C'est en ce sens que l'on pourrait être d'accord avec le point de vue de Burkert qui consiste à dire que le respect de la vie privée est aussi « un droit qui est fondamentalement relatif »³⁶. Ce que l'on entend par vie privée et la manière dont elle est protégée doivent évoluer pour faire face aux nouvelles menaces qui pèsent sur la dignité humaine et l'autonomie individuelle. Et la manière d'y parvenir doit, comme le soutient

35 H. BURKERT, « Dualities of Privacy – An Introduction to “Personal Data Protection and Fundamental Rights” », dans M.V. PEREZ, A. PALAZZI, Y. POULLET (eds), *Privacy – New visions*, Cahier du Crid, n° 31, 2008, p. 13-23.

36 Ceci n'est pas une tentative visant à faire une classification des droits fondamentaux, un tel exercice saperait la légitimité de tous les droits fondamentaux, et ce compris ceux qui pourraient figurer « en haut » du classement. Le terme « fondamentalement fondamental » vise seulement à mettre en évidence l'importance fonctionnelle de la « vie privée » en tant que droit fondamental. Toutefois, cette importance semble entrer en conflit avec ce que nous avons déjà observé avant, lorsque nous spéculions sur ce fondamentalisme, et que nous appelons ici la non-importance de la « vie privée » dans les faits en raison de sa relativité. « La vie privée » apparaît comme un droit « relativement fondamental » qui doit se reconstituer à nouveau par une mise en balance d'intérêts lors de chaque nouveau conflit informationnel (H. BURKERT, précité).

Solove³⁷, tenir compte pleinement du contexte dans lequel nos libertés doivent s'exprimer. Les législations sur la protection des données sont donc à mettre au compte des tentatives vouées à faire face aux nouveaux défis qui surgissent au moment – déjà passé – de leur élaboration.

La « privacy » serait ici simplement ce que l'individu fait de la liberté qui lui est reconnue. Elle n'est pas définissable *a priori* : sa portée n'apparaît qu'à travers les conflits que suscite son exercice, c'est-à-dire qu'elle n'est appréhendée par le droit que dans un cadre contextualisé.³⁸

5. Les différentes « facettes » du respect de la vie privée et la manière dont elles peuvent être articulées pour protéger et promouvoir le développement personnel autonome

Chercher à définir ce que l'on entend par « développement personnel » dans une société comme la nôtre, chercher à identifier les instruments législatifs susceptibles de contribuer à la protection d'une telle capacité dans les circonstances actuelles, revient à analyser les différents « aspects » du droit générique au « respect de la vie privée » dans l'ordre chronologique de leur apparition dans la jurisprudence et la doctrine. La vie privée a d'abord été conceptualisée comme protégeant ce que l'on peut, en généralisant pour mieux nous faire comprendre, décrire comme l'intimité de la personne, en lui garantissant la possibilité, en certaines circonstances, d'être « isolée », d'être laissée seule (the « right to be left alone » ou « seclusion »), d'échapper aux interactions non souhaitées avec autrui. Le respect de

37 D.J. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », (2002) 90 *California Law Review*, p. 1085 et suiv.; P. BLOK, *Het recht op privacy*, Boom Juridische uitgevers, 2003.

38 C'est par ces mots que O. DE SCHUTTER (*op. cit.*, p. 839) résume la position de RIGAUX (« La vie privée. Une liberté parmi les autres ! », Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 120 et suiv.) et celle de GUTWIRTH (*op. cit.*).

cette facette-là de la vie privée se traduit par une certaine « opacité » de ce qui se vit « en privé » vis-à-vis de l'extérieur, du « public »³⁹. Une seconde facette du droit à la protection de la vie privée protège une partie de l'existence individuelle non seulement du regard, mais également de l'interférence de l'État et des tiers. C'est la dimension « immunitaire » de la vie privée qui permet à l'individu de faire ce qui lui plaît et de vivre comme bon lui semble, de mener les affaires qui le concernent exclusivement comme il l'entend, sans que l'État ni des tiers s'en mêlent. Le respect de cette facette immunitaire de la vie privée s'apparente à la notion de liberté : liberté pour l'individu d'adopter un mode de vie conforme à ses propres préférences et valeurs, aussi impopulaire que soit ce mode de vie, pour autant qu'il n'implique rien d'illégal⁴⁰. Enfin, une troisième facette du droit à la protection de la vie privée renvoie au pouvoir de contrôle de l'individu sur les informations qui le concernent (« la capacité pour l'individu de contrôler les conditions dans lesquelles des informations les concernant sont collectées et utilisées »⁴¹, présupposant un niveau de transparence suffisant permettant à l'individu de connaître précisément les traitements automatisés dont « ses » données font l'objet)⁴².

Ces différentes « facettes » du droit à la protection de la vie privée sont souvent présentées comme des théories concurrentes de la vie privée, prétendant chacune au monopole de la définition du droit à la protection de la vie privée, alors que, comme nous allons le voir, ces

39 Voir Ruth GAVISON, « Privacy and the Limits of the Law », (1980) 89 *Yale Law Journal*, p. 421-471. Voir aussi Judith W. DECEW, *In Pursuit of Privacy: Law, Ethics and the Rise of Technology*, Cornell University Press, 1997.

40 Voir *Griswold c. Connecticut*, 281 US 479 (1965), une affaire retenue comme étant la première reconnaissance jurisprudentielle du droit au respect de la vie privée par la Cour suprême des États-Unis. La Cour a invalidé une loi qui interdisait aux couples mariés d'utiliser des moyens contraceptifs.

41 M.J. CULNAN, « Protecting Privacy Online : Is Self-regulation Working ? », (2000) 19 *Journal of Public Policy Market*, 1, p. 20 et suiv.

42 Voir par exemple : Charles FRIED, « Privacy : A Rational Context », dans M. David ERMANN, Mary B. WILLIAMS et Claudio GUITIERREZ, *Computers, Ethics, and Society*, Oxford University Press, 1990; Arthur MILLER, *The Assault on Privacy*, Harvard University Press, 1971.

« facettes » du même droit sont en définitive issues de racines communes et sont complémentaires. Nous nous intéresserons tout particulièrement à la question de savoir comment la « branche » de la vie privée la plus récente (Convention n° 108 du Conseil de l'Europe de 1981) concernant plus spécifiquement la protection des données peut tirer profit de l'approfondissement des liens qu'elle entretient avec les facettes plus traditionnelles de la vie privée parfois définies simplement depuis l'article célèbre de Warren et Brandeis en 1890 comme « le droit d'être laissé seul » mais impliquant à la fois les notions d'isolement et d'autonomie décisionnelle (immunité) attestées tant par la jurisprudence de Strasbourg concernant l'article 8 de la C.E.D.H. que par celle de la Cour suprême des États-Unis relative au « *right to privacy* ».

5.1 Le droit au respect de la vie privée comme « droit d'être laissé seul » et comme « opacité » de la sphère privée

La première consécration doctrinale du droit au respect de la vie privée informationnelle remonte, nous venons de le dire, au classique article de Warren et Brandeis paru dans le *Harvard Law Review* de 1890. À cette époque déjà, le respect de la vie privée était présenté comme l'adaptation de droits préexistants ou comme un ajout à ceux-ci que l'évolution technologique et sociale avait rendu nécessaires. On rappellera que le souci des juges américains était en effet de protéger l'individu des nouveaux risques d'atteinte à sa « personnalité » causés par l'avènement de la photographie.

Les changements politiques, sociaux et économiques entraînent la reconnaissance de nouveaux droits et la Common Law, dans sa jeunesse éternelle, grandit pour satisfaire aux nouvelles demandes de la société.

L'on avait déjà reconnu à ce moment-là « que le principe qui protège les écrits personnels et toute autre production personnelle, non pas contre le vol ou l'appropriation physique, mais contre la publication sous quelque forme que ce soit, n'était en réalité pas le principe de la propriété privée mais celui de l'inviolabilité de la personnalité ». Warren et Brandeis ont assimilé ce principe au « droit

d'être laissé seul». Ce « principe » était conçu pour protéger « la vie privée de l'individu contre l'immixtion de la presse trop entreprenante, le photographe ou le détenteur de tout autre moyen moderne de retranscription ou de reproduction de scènes ou de sons »⁴³.

En Europe, le droit au respect de la vie privée est expressément reconnu à l'article 8 de Convention européenne des droits de l'homme. L'interprétation initiale de ce droit ressemblait à celle qui lui avait été donnée aux États-Unis, le droit « d'être laissé seul » dans l'intimité de sa vie privée et familiale, son domicile et sa correspondance. Mais contrairement à la doctrine américaine en la matière – et ceci est assez paradoxal au regard des évolutions qui sont intervenues par la suite – le droit à la protection de la vie privée, en Europe, n'était pas à l'origine dirigé contre les violations provenant d'autres individus (les journalistes par exemple) mais seulement contre les intrusions de l'État auquel l'inviolabilité du domicile et de la correspondance étaient opposables. La conception originaire du droit au respect de la vie privée faisait découler ce droit du principe du respect dû à la dignité humaine et en faisait une condition du libre développement de la personnalité : la protection de l'intimité familiale et domestique, entre les murs du domicile – lieu « privé » s'il en est – et de la correspondance étaient dès l'origine perçus en lien avec l'épanouissement familial et personnel auquel elle était indispensable, dans la mesure où la disposition d'un lieu physiquement clos (par les quatre murs du domicile, et les pans d'une enveloppe fermée) dans lequel il pourra s'exprimer, nouer des relations et interagir avec les interlocuteurs de son choix à l'exclusion des autres sans être observé par des tiers est nécessaire à l'épanouissement (flourishing) de la personnalité de l'individu⁴⁴.

43 S. WARREN et L. BRANDEIS, « The Right to Privacy », (1890) 4(5) *Harvard Law Review*. Voir aussi D. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », (2001) 90 *California Law Rev.*, p. 1041-1043.

44 À propos de l'histoire du concept de vie privée, voir notamment D.J. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », (2002) 90 *California Law Review*, p. 1085 et suiv.; P. BLOK, *Het recht op privacy*, Boom Juridische uitgevers, 2003.

Des moments de « discrétion, l'anonymat et la solitude », ou encore « le repli et la dissimulation »⁴⁵ sont en effet nécessaires à la réflexion et à la capacité, pour l'individu, de remettre en question ses choix, de développer des relations significatives à autrui. L'amitié et l'amour ne se développent pas facilement en public, ils demandent le recul et l'isolement sélectifs. Déjà dans les villages traditionnels, le rôle joué par les murs des habitations privées était de protéger une sphère d'intimité dans laquelle les individus se sentaient libres d'abandonner le rôle qu'ils endossaient en public le temps de leurs activités privées. C'est en ce sens que « le droit à l'opacité » est une condition nécessaire à toute recherche d'« authenticité » de soi-même et des rapports avec autrui, et à la mise en œuvre de la capacité dont nous disposons en tant qu'êtres humains à développer notre personnalité⁴⁶. Tel que nous l'aborderons ci-après, ce « droit à l'isolement » semble être aujourd'hui dans notre société moderne encore plus vital que jamais et justifie la mise en place de nouveaux instruments législatifs pour protéger « l'opacité des individus » contre les nouveaux défis technologiques et sociopolitiques actuels. Ce qui caractérise le monde Internet actuel, c'est précisément la possibilité sans précédent encore, de surveiller chaque utilisateur au travers des multiples traces qu'il laisse dans le cyberspace, ainsi que l'invasion de plus en plus importante de notre sphère privée par des terminaux de diverses natures (ordinateur personnel, GPS, GSM, RFID...); ceci atténuant la séparation traditionnelle entre l'espace public et privé.

45 R. GAVISON, « Privacy and the limits of Law », (1980) 89 *Yale Law Journal*, p. 433 et suiv.

46 Voir sur cette problématique les réflexions de J. RAYMAN (« Driving to the Panopticon : A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway of the Future », (1995) 11 *Santa Clara Computer & Techn. Law Journal*, p. 22 et suiv.); J. COHEN (« Examined Lives : Informational Privacy and the Subject as Object », (2000) 52 *Stanford Law Rev.*, p. 1373 et suiv.) et H. NISSENBAUM (« Privacy as contextual Integrity », (2004) 79 *George Washington Law Rev.*, p. 150 et suiv., qui affirme que « l'absence d'examen et de zones de "relative étroitesse de vues" sont les conditions nécessaires pour formuler des objectifs, des valeurs, des conceptions de soi et des principes d'action parce qu'elles constituent des lieux dans lesquels les personnes sont libres d'expérimenter, d'agir et de décider sans rendre compte aux autres et sans craindre de sanctions » (traduction libre).

C'est en ce sens que tout récemment, le tribunal constitutionnel allemand dans une décision de principe du 27 février 2007, affirme l'existence d'un droit constitutionnel à la confidentialité et à l'intégrité des systèmes d'information, découlant directement des exigences de la dignité humaine et rappelle les limites strictes à l'utilisation de tels systèmes y compris pour les autorités policières et judiciaires⁴⁷.

Cette facette de la vie privée comme « droit d'être laissé seul » suppose la délimitation d'un champ d'application géographique. L'étendue de la « sphère privée » à laquelle s'appliquait le droit au respect de la vie privée était circonscrite par les murs du domicile ou par l'enveloppe de la lettre privée. Sans doute, ce droit au respect de la vie privée, dans le sens d'un droit à une « sphère privée » séparée du monde « social » et dans laquelle l'État n'a pas à intervenir est à circonscrire. Il a fait l'objet de critiques substantielles et fondées dans la littérature juridique féministe. Catherine Mackinnon, par exemple, dénonce l'impunité des auteurs de violences domestiques et la vulnérabilité de leurs victimes lorsque, par respect pour la « vie privée et familiale », l'État s'est bien souvent abstenu d'intervenir pour faire

47 À cet égard, on souligne l'importance de l'article 5.3 de la directive 2002/58 (Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques, JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37-47). La disposition entend prévenir toute intrusion dans l'équipement terminal. On songe aux *cookies*, aux *spywares*, mais également à des applications plus légitimes permettant par exemple la mise à jour à distance de programmes téléchargés sur l'ordinateur. L'article vise à donner à l'intéressé une maîtrise plus complète de son équipement, en obligeant le responsable de cette intrusion (le responsable du traitement des données) à donner certaines informations à l'utilisateur du terminal sur la finalité de l'intrusion et à lui permettre de refuser cette dernière. Sur cette disposition, lire notre réflexion dans Y. POULLET, *La protection des données : un nouveau droit constitutionnel ? Pour une troisième génération de réglementations de protection des données*, Académie de droit constitutionnel, Tunis, juillet 2007, à paraître dans Recueil des cours de l'académie, et nos remarques sur le droit des utilisateurs des équipements terminaux à la pleine maîtrise de leur équipement terminal.

cesser les abus dans ce domaine⁴⁸. Et en effet force est de reconnaître qu'à l'origine, le fameux « droit à la protection de la vie privée » protégeant davantage l'intégrité de l'espace privé que les personnes y vivant, protégeait de fait bien plus l'institution du mariage et la structure familiale, unités fondamentales du social, que l'individu, au risque de limiter les prérogatives légitimes de ce dernier au sein du groupe familial.

5.2 La vie privée en tant qu'« autonomie décisionnelle »

Dans l'arrêt *Griswold c. Connecticut*⁴⁹, généralement tenu pour point de départ du mouvement jurisprudentiel du droit constitutionnel américain au respect de la vie privée (comme « autonomie décisionnelle ») la Cour suprême invalidait une loi pénale du Connecticut interdisant l'octroi de toute substance médicamenteuse ou moyen contraceptif, en tant que cette loi s'appliquait aux personnes mariées. La Cour, dans cette affaire, considéra que la protection contre l'immixtion de l'État dans la vie privée matrimoniale était un droit constitutionnel, un droit émanant de la « pénombre » des garanties spécifiques de la Constitution. Toutefois, la nature et l'étendue de cette pénombre, de ce droit au respect de la vie privée, n'étaient pas déterminées. Le juge Douglas s'exprimant au nom de la Cour, s'inquiétait de deux choses : de l'intrusion dans la « sphère privée » que constituerait l'irruption de la police dans la chambre privée des époux afin de constater une éventuelle violation de l'interdit d'une part, et, d'autre part, le souci de l'immixtion de l'État dans les liens privilégiés du mariage. L'énoncé de ces deux enjeux dans l'arrêt inspira des commentaires ambivalents. Les auteurs plutôt conservateurs interprètent l'arrêt comme protecteur de l'institution du mariage alors que, dans le camp plus « libéral », certains considèrent que les préoccupations relatives à l'accès à la chambre des époux ne sont que périphériques à la préoccupation centrale de la Cour qui est de garantir une certaine autonomie décisionnelle pour ce qui concerne

48 C. MACKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

49 *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479, 493 (1965).

les choix individuels existentiels. Ces interprétations divergentes ne permettent pas de trancher entre les hypothèses et d'établir si l'intention de la Cour était de protéger l'institution du mariage en soi, ou si son intention n'était pas de protéger le mariage comme une valeur en soi mais seulement dans la mesure où il s'agit d'une relation privilégiée plaçant les individus dans un contexte qui favorise l'autonomie de leurs choix relativement à des questions qui les concernent de manière intime et/ou existentielle, telle que le choix d'avoir ou non des enfants.

Nonobstant ces incertitudes d'interprétation, le droit au respect de la vie privée tiré de la pénombre des autres droits consacrés par la Constitution américaine sert de fondement au célèbre arrêt *Roe c. Wade*⁵⁰ de 1973 relatif à la question de l'avortement. C'est à partir de cette époque que le droit au respect de la vie privée acquies véritablement son caractère individuel en tant que droit protégeant la liberté de choix des *individus* (et des femmes en particulier) dans le domaine privé, à travers notamment la reconnaissance d'une liberté de choisir de ne pas porter et de ne pas donner naissance à un enfant. « La vie privée décisionnelle » comporte « les droits pour les individus de poser certains types de choix fondamentaux en ce qui concerne leur autonomie personnelle et reproductive »⁵¹. Dans l'affaire *Planned Parenthood c. Casey*⁵², la Cour suprême rappelait explicitement :

[...] qu'au cœur de la liberté, se trouve le droit de définir sa propre conception de l'existence, la raison d'être de l'univers et le mystère de la vie. Les croyances au sujet de ces préoccupations ne sauraient définir les attributs de la personnalité s'ils résultent de la contrainte de l'État.⁵³

50 *Roe c. Wade*, 410 US 113 (1973).

51 Neil M. RICHARDS, « The Information Privacy Law Project », (2006) 94 *Georgetown Law Journal*, p. 1087.

52 505 U.S. 833 (1992).

53 Sur la conception américaine de la vie privée et ses liens avec le concept « d'autonomie », voir : A.J. RAPPAPORT, « Beyond Personhood and Autonomy : Theory and Premises of Privacy », (2001) *Utah Law Review*, p. 442 suiv.

Nonobstant les spécificités des cultures juridiques américaine et européenne, l'autonomie entendue comme l'autodétermination ou comme la construction autonome de la personnalité est, aux États-Unis⁵⁴ comme en Europe, la valeur essentielle qui sous-tend le respect de la vie privée.

En Europe, la reconnaissance explicite du respect de la vie privée dans la Convention européenne des droits de l'homme a dès le départ rendu son orientation individualiste indiscutable. De plus, suggérant au départ que le droit au respect de la vie privée n'impliquait pour l'État qu'une obligation d'abstention ou de non-immixtion dans les affaires privées des individus, la Cour européenne des droits de l'homme a par la suite interprété les obligations de l'État de façon plutôt large. Bien que selon Konvitz, l'essence du respect de la vie privée serait simplement « la prétention selon laquelle il y aurait une partie de l'espace qui ne serait pas destinée à l'usage public de contrôle »⁵⁵, les notions « de vie privée et familiale » ont été interprétées de façon extensive, au point que le droit au respect de la vie privée protège les individus contre les violations de la vie privée qui sont le fait d'autorités publiques ou le fait d'autres individus⁵⁶ (par

54 Sur ce point en particulier, J. S. MILL, *On Liberty*, G. Himmelfarb (ed.), 1984.

55 R. KONVITZ, « Privacy and the Law : A Philosophical Prelude », (1966) 31 *Law and Contemporary Problems*, 272, p. 279-280.

56 Depuis la décision de 1981, *Young, James et Webster c. United Kingdom* (Cour E.D.H., 13 août 1981, Series A No.44) la Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît un *effet horizontal* à la Convention et étend le champ d'application des protections aux relations entre les parties privées §49 : « si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans [un accord passé entre un employeur et des syndicats], c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ». À travers cet effet horizontal de la Convention, les droits fondamentaux semblent plus effectifs. La question est très controversée, tout autant que l'est la question de la conception de la vie privée en tant que simple *privilège* ou en tant que *droit* (subjectif). Voir aussi *X et Y c. Pays-Bas*, 8978/80 (1985) CEDH 4 (26 mars 1985), Series A, vol. 91 § 23 : « La Cour rappelle que si l'article 8 (art. 8) a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de

l'intermédiaire de l'effet horizontal de la Convention). Suivant la jurisprudence de Strasbourg, l'État n'a pas seulement l'obligation de s'abstenir d'intervenir dans la vie privée des individus, il doit aussi fournir aux individus les moyens de mettre en œuvre de manière effective leur droit à la vie privée et familiale⁵⁷. En d'autres termes, la combinaison des principes des « obligations positives » de l'État et de « l'effet horizontal » de la Cour européenne des droits de l'homme, qui sont largement appliqués par la Cour européenne des droits de l'homme, impose aux États l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour protéger les droits fondamentaux des individus même contre les violations émanant de particuliers ou d'entreprises privées.

Le « champ d'application » du droit à la protection de la vie privée comprend, selon l'interprétation qu'en a faite la Cour européenne des droits de l'homme, tous les domaines dans lesquels les individus sont confrontés à des choix de vie existentiels, en ce compris leur mode de vie, leurs préférences sexuelles⁵⁸, leur vie intime et sociale⁵⁹, leurs relations avec d'autres individus⁶⁰, le choix de leur lieu

s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 17, par. 32). Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux ».

57 L'obligation positive de l'État de fournir les moyens nécessaires pour permettre la jouissance effective des droits n'est pas reconnue en tant que telle aux États-Unis, ni par la loi, ni par la jurisprudence. Ceci n'est que superficiellement cohérent avec le libéralisme classique. L'affirmation de Mill selon laquelle « la seule liberté qui mérite cette appellation est celle par laquelle on poursuit notre salut à notre manière... on est chacun le gardien de sa propre santé, physique, mentale ou spirituelle. Les hommes ont plus à gagner en tolérant de vivre chacun comme bon leur semble qu'en se forçant de vivre comme cela semble bon au reste » (traduction libre) (J.S. MILL, *op cit.*, p. 72, n'implique pas nécessairement que l'État ne devrait pas fournir aux individus les ressources dont ils ont besoin pour poursuivre leur bien-être).

58 *X et Y c. Pays-Bas*, 8978/80 (1985) CEDH 4 (26 mars 1985), Series A, vol. 91.

59 *Beldjoudi c. France*, 12084/86 (1992) CEDH 42 (29 mars 1992).

60 *Niemetz c. Allemagne*, 13710/88 CEDH 80 (16 décembre 1992) Series I, vol. 251 B, § 29 : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop

de vie en pleine connaissance de l'environnement voisinant⁶¹... ce dernier aspect mérite quelques développements.

L'inclusion du choix du lieu de résidence en pleine connaissance de l'environnement avoisinant dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée témoigne du fait que l'accès à l'information, lorsque celle-ci concerne des éléments cruciaux pour les choix individuels, est effectivement une condition indispensable au libre développement de la personnalité des individus. Ce constat est d'ailleurs à la base de nombre d'initiatives législatives étatiques visant à assurer un accès universel à l'infrastructure d'information de manière à garantir l'accès inconditionnel aux ressources publiques d'informations, etc.⁶² La décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Guerra⁶³ se fondant sur le droit à la protection de la vie privée garanti par l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme affirmait l'existence d'une obligation à charge de l'État de donner aux familles italiennes impliquées, qui avaient choisi d'élire

restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables ».

61 Sur toutes ces problématiques, consultez les différents articles publiés dans F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Collection Droit et Justice 63, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2005.

62 L'idée de « contenu du domaine public » a été clairement défendue par l'UNESCO. Voir à ce sujet, le point 15 de la « Recommandation sur la promotion et l'usage du multilinguisme et l'accès universel au cyberspace » adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 32^e session (oct. 2003) : « Les États membres devraient reconnaître et faire respecter le droit d'accès en ligne universel aux documents publics et dossiers administratifs contenant l'information intéressant le citoyen dans une société démocratique moderne, compte dûment tenu des exigences de confidentialité, de respect de la vie privée et de sécurité nationale, ainsi que des droits de propriété industrielle dans la mesure où ils s'appliquent à l'utilisation de cette information. Les organisations internationales devraient reconnaître et promulguer le droit de chaque État d'avoir accès aux données essentielles relatives à sa situation sociale ou économique ».

63 *Guerra c. Italie*, 19 février 1998.

domicile à proximité d'un complexe industriel polluant, les informations pertinentes relatives aux inconvénients – en terme de pollution environnementale – liés à la proximité du complexe industriel. Considérant le caractère essentiel pour la vie familiale du choix du lieu de résidence, la Cour de Strasbourg constate qu'une condition essentielle à l'exercice effectif du droit à la protection de la vie privée dans ce cas est que les familles concernées aient accès aux informations pertinentes⁶⁴. C'est ainsi que, développant le droit de décider de manière autonome et informée dans les domaines existentiels, la Cour introduisit les préoccupations informationnelles dans le champ du droit au respect de la vie privée.

Par ailleurs, le droit à la protection de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme, comprend évidemment le droit individuel de contrôler les informations personnelles, en ce compris sur le lieu de travail⁶⁵ (l'étendue du droit au respect de la vie privée et celle du droit à la protection des données peuvent se superposer en ce qui concerne la vie privée

64 Sur cette question du lien entre la vie privée et les différentes facettes d'un nouveau droit d'accès aux ressources publiques d'information, consulter C. de TERWANGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, thèse de doctorat, Namur, 2000, non publiée.

65 Voir la récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme, *Copland c. Royaume-Uni*, 62617/00 [2007] CEDH 253 (3 avril 2007), dans laquelle la Cour considère que le monitoring des e-mails d'une employée, de l'utilisation qu'elle a fait d'Internet et de ses appels téléphoniques a violé le droit de l'employée au respect de sa vie privée. La Cour a soutenu que même le monitoring de la date et de la durée des conversations téléphoniques ainsi que du numéro composé peut constituer une violation du respect de la vie privée. Parmi les arguments de la Cour, nous retrouvons le fait que l'employée n'avait pas été informée de la possibilité que ses appels soient sujets à un monitoring et qu'il n'existait pas de loi, à l'époque au Royaume-Uni qui autorisait l'employeur de surveiller les communications de ses employés. En effet, la loi de 2000 sur la régulation du pouvoir d'investigation n'était pas encore entrée en vigueur à l'époque. La Cour ne se demande pas si la Loi serait contraire à la Loi sur les droits de l'homme.

informationnelle), ainsi que le droit d'accéder aux informations personnelles qui seraient archivées et conservées⁶⁶.

La vie privée s'élargit sans cesse. Elle s'entend à la fois d'une reconnaissance de l'autonomie individuelle vis-à-vis de l'État mais également vis-à-vis d'autrui. Le recours à la notion devient l'argument mis en avant pour défendre le droit des salariés face à leur employeur, le « droit » à la reconnaissance des couples homosexuels⁶⁷ et la légitimité de certaines pratiques sexuelles⁶⁸. L'État se voit en outre imposer une obligation positive de contribuer à ce développement de l'autonomie des citoyens tant vis-à-vis de lui-même que dans le cadre de relations interindividuelles⁶⁹.

66 *Gaskin c. Royaume-Uni*, 10454/83 (1989 CEDH 13 (7 juillet 1989), Séries A n° 160. Voir aussi *Odièvre c. France*, 42326/98 (2003) CEDH 86 (13 février 2003). La Cour européenne des droits de l'homme y reconnaît que le droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) protège, parmi les différents intérêts, le droit au développement personnel et reconnaît que les choses relevant du développement personnel se trouvent dans les détails de l'identité d'une personne en tant qu'être humain et l'intérêt vital d'obtenir les informations nécessaires pour découvrir la vérité en ce qui concerne des aspects importants de l'identité personnelle de quelqu'un.

67 Voir à la parentalité de ces couples. À cet égard, les discussions parlementaires en Belgique sur l'adoption par les couples homosexuels lors du vote d'une récente proposition de loi où l'article 8 sont largement évoqués comme fondement de ce « droit ». (Sur ce point, lire les longs développements du Conseil d'État, développements en écho aux discussions parlementaires sur l'existence d'un droit des couples homosexuels à adopter, droit déduit de l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme repris dans *Doc. parl. Ch. rep.*, Sess. 2004-2005, Doc 51-0393/002, p. 40 et suiv.).

68 Sur la jurisprudence strasbourgeoise à cet égard, lire G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », dans *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 157 et suiv.

69 Sur cette obligation positive, lire F. SUDRE, « Rapport introductif », dans *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 25 et suiv. Cette obligation positive nous paraît suffire à justifier les interventions de l'État prises dans le domaine de la protection de la vie privée dans le cadre de relations interindividuelles sans que l'on ne doive recourir à la théorie doctrinale très controversée de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est habituel de présenter l'évolution du concept de privacy dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en distinguant deux temps : un premier temps voit dans ce concept l'outil juridique de la protection contre les intrusions, le « Right to be left alone » ou « Right to opacity » et dans un second temps, la « vie privée » est proclamée comme le droit à l'autodétermination, le droit à l'épanouissement individuel. La première conception correspond à une approche négative qui limite la possibilité pour l'État de s'introduire dans le domaine « réservé » considéré d'abord comme physique de l'individu; la seconde à une approche plus positive qui rend l'État débiteur, à l'égard des individus, des conditions matérielles et psychiques nécessaires à leur épanouissement individuel. Cette seconde conception s'exprime tant dans la maîtrise que l'individu doit avoir de son environnement, de ses relations à autrui, en partie de son identité nominale et physique (le droit au transsexualisme) que de son libre choix dans la manière dont il décide de sa vie avec autrui.

Dans ce contexte d'élargissement progressif, la protection de la vie privée est, en ce sens *hybride* : de « défensive » contre toute ingérence de l'extérieur conçue comme la défense d'un « jardin clos », garant d'un minimum nécessaire à l'épanouissement de l'individu, elle devient « offensive » et se transforme en exigence de reconnaissance par l'État des conditions du libre épanouissement de toutes les libertés individuelles, nécessaires à l'épanouissement de chacun, « y compris de permettre à cet individu de réviser ses propres conceptions de la vie bonne, par l'organisation d'un environnement suffisamment hétérogène et pluraliste pour lui fournir l'occasion d'opérer ces révisions »⁷⁰. C'est le sens de concept de « droit à l'autodétermination » (*Selbstbestimmungsrecht*) mis en avant par le tribunal constitutionnel allemand en 1983⁷¹, qui n'est rien d'autre que la consécration d'une liberté,

[...] mais d'une liberté différente par rapport aux autres libertés publiques en ce qu'elle concerne exclusivement chaque individu dans sa subjectivité et sa singularité propres. À ce titre, elle relève aussi des sciences humaines : psychologie, anthropologie, sociologie, philosophie, valeurs éthiques, et touche à la fois au réel, à l'imaginaire et au symbolique qui sous-tendent les comportements des hommes. Ce n'est donc pas un hasard que la Cour européenne des droits de l'homme ait choisi de renoncer explicitement à en définir le contenu, notamment dans ses arrêts Niemetz (1992) et Pretty (2002). Mais c'est moins sans doute par impuissance que pour en ménager un champ d'application quasi-illimité.⁷²

Ce soi-disant « droit » à la vie privée auquel il est fait référence ne fonctionne pas comme un droit subjectif mais plutôt comme une prérogative indéterminée que la personne peut faire valoir vis-à-vis de l'État dans la mesure où la Convention a un effet direct sur lui et l'oblige à prendre les garanties idoines à la protection de la vie privée. Tantôt, sa réclamation est judiciaire et amène le tribunal saisi à vérifier au vu des circonstances si l'intérêt avancé par la personne plaignante relève bien de cette « sphère » indispensable à l'épanouissement de l'Homme, en d'autres termes de ses libertés essentielles⁷³ et, le cas échéant, à vérifier les conditions d'applicabilité de l'article 8.2 qui permet à l'État de faire prévaloir d'autres intérêts. Tantôt, le cas échéant, après quelques victoires judiciaires, la réclamation se transporte sur le plan politique et entend voir consacrer législativement des droits subjectifs nouveaux suivant l'obligation positive mise à charge des États de respecter les libertés individuelles progressivement dévoilées à travers le concept de vie privée. Ainsi, la liberté essentielle

70 O. de SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et vie privée », *Rev. trim. D. H.*, 1999, p. 861.

71 BverfG 15 déc. 1983, *BverfGE*, 65, 1, 41. À noter que cette décision concernait précisément la question de la constitutionnalité d'un recensement statistique.

72 M. T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme », dans *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 308. et les références à de nombreux auteurs. On enverra le lecteur en particulier à l'ouvrage majeur de F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

73 Voir à cet égard, S. GUTWIRTH, « Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn », *Rathenau Instituut*, Den Haag, juin 1998, p. 51 et suiv.

que représente la vie privée débouche dans la reconnaissance de multiples droits subjectifs nouveaux qui, sans épuiser la notion, en dessine les contours, progressivement et dans un mouvement jamais achevé.

5.3 La vie privée en tant qu'« autodétermination informationnelle »

5.3.1 Les raisons d'être de la protection des données

Les principes fondamentaux de la protection des données (traitement équitable réalisé à des fins déterminées sur base du consentement de la personne concernée ou d'autres raisons légitimes visées par la loi; droits subjectifs de la personne concernée d'accéder aux données collectées et de les rectifier) avaient déjà été formalisés dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁷⁴ et répétés dans les principes d'information équitable formalisés dans les deux directives européennes, l'une relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁷⁵ et l'autre sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques⁷⁶. « La possibilité et l'aptitude de l'individu de contrôler les conditions dans lesquelles leurs données personnelles sont

74 Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ETS n° 108, Strasbourg, le 28 janvier 1981.

75 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. JO L 281 du 23 novembre 1995, p. 31-50.

76 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques). JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37-47.

collectées et utilisées⁷⁷ sont souvent présentées comme l'essence même du régime de la protection des données.

La raison d'être des régimes de protection des données se trouve dans les risques que le développement des infrastructures des technologies de l'information entraîne pour l'autodétermination individuelle. L'utilisation des technologies de l'information est considérée depuis le départ⁷⁸ comme accentuant les asymétries de pouvoir entre les personnes concernées (les individus dont les données sont traitées) et les responsables du traitement (responsable de la collecte, de la conservation, du traitement, de l'utilisation et de la diffusion des données). Le développement des technologies a progressivement amené à des situations où « a) il n'y en réalité plus de limite quant au volume d'information pouvant être enregistré, b) il n'y a en pratique pas d'autre limite à l'étendue de l'analyse pouvant être réalisée que celle de l'ingéniosité de l'homme, et où c) l'information peut en pratique être conservée indéfiniment »⁷⁹.

Ces développements ont évidemment eu un impact direct sur l'autonomie des personnes concernées : des collectes massives de données et le traitement intensif de celles-ci ont permis aux responsables des traitements – autorités étatiques ou entreprises privées – de prendre des décisions à l'égard des personnes concernées à partir de ces informations personnelles, collectées et traitées sans que les personnes concernées aient eu la possibilité de savoir quelles données seraient utilisées, à quelles fins, pour combien de temps et surtout sans pouvoir contrôler la nécessité de ces traitements par

77 M.J. CULNAN, « Protecting Privacy Online : Is Self-regulation Working ? », (2000) 19 *Journal of Public Policy Market*, 1, p. 20 et suiv.

78 [...] comme le note D. SOLOVE, « The Digital Person, Technology and Privacy in an Information Age », New York University Press, 2004, p. 57 et suiv. Privacy and the Law : A Philosophical Prelude Privacy. L'article de WARREN et BRANDEIS part de la constatation des risques d'intrusion dans l'intimité des personnes causés par les premiers appareils photographiques portables.

79 H. NISSENBAUM, « Protecting Privacy in a Information Age : the Problem of Privacy in Public », (1998) 17 *Law and Phil.*, p. 576.

rapport aux buts poursuivis par ces bureaucraties publiques ou privées. Les régimes de protection des données ont donc été conçus (dans certains pays, ils ont pris la forme de mesures d'autorégulation) afin de mieux équilibrer le « pouvoir informationnel ». Ceci résulte premièrement, de l'élargissement de la protection – anciennement limitée aux données intimes et sensibles – aux données à caractère personnel, c'est-à-dire à « toute information concernant une personne identifiée ou identifiable »; deuxièmement, de l'attribution de nouveaux droits aux personnes concernées dont notamment un « droit d'accès » permettant un meilleur contrôle de l'utilisation et de la diffusion des données à caractère personnel; et finalement, des limitations imposées aux responsables des traitements pour les traitements de données autorisés, à travers, particulièrement, l'exigence que les traitements de données soient équitables, sécurisés et légitimes (ou proportionnels en ce qui concerne l'existence même du traitement et son contenu)⁸⁰.

Ces règles attestent du développement du principe d'autodétermination qui prévaut en matière de transferts de données. « La vie privée informationnelle » a été définie par les experts américains comme étant, d'après les termes utilisés par A. Westin⁸¹:

[...] la revendication d'individus, de groupes ou d'institutions de pouvoir déterminer eux-mêmes quand et dans quelle mesure des informations les concernant peuvent être communiquées à autrui.

Cette définition américaine inspire à certains auteurs l'idée suivant laquelle chaque individu jouirait d'une sorte de « droit de propriété intangible » sur « ses » données à caractère personnel⁸², droit

80 La sécurité est prise dans son sens le plus large, signifiant à la fois intégrité, confidentialité, responsabilité et disponibilité.

81 A. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Ateneum, 1967, p. 7. Pour des définitions similaires, consultez D. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », précité, p. 1110 et suiv.

82 Cette approche théorique de la vie privée vue en tant que « droit de propriété » a été développée en particulier par les auteurs défendant l'analyse économique

qui lui permettrait de « vendre » ses données personnelles sur le marché en toute légalité et de fixer ainsi pour lui-même le niveau optimal de protection de sa vie privée plutôt que de se soumettre aux directives paternalistes de l'État. Nous reviendrons sur cette question de la « marchandisation » des données à caractère personnel à l'occasion de la discussion relative à la récente consécration du droit à la protection des données au niveau constitutionnel ou quasi constitutionnel européen.

5.3.2 « Vie privée classique » et protection des données : complémentarités et interactions

Les protections législatives qu'offrent l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (repris à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (le droit à la protection des données) mis en œuvre par les deux directives protection des données, interagissent de diverses manières. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme protège notamment « la vie privée informationnelle ». Les directives sur la protection des données figurent à cet égard parmi les *outils* dont dispose l'individu pour mettre en œuvre son droit au respect de la vie privée. Plus généralement, une condition indispensable à la libre construction, par l'individu, de sa propre personnalité est qu'il puisse être certain que les informations (données) personnelles qui le concernent ne soient pas obtenues et utilisées d'une manière qui échappe totalement à son contrôle.

du droit. Voir dans cette même approche parmi nombre d'autres auteurs : R.A. POSSNER, *Economic Analysis of the Law*, New York, 1998, p. 46 et suiv. (considérant le droit sur la protection de la vie privée et des données comme étant fonctionnellement une « branche du droit de la propriété »); E.J. JAGGER, « Privacy, Property, Intangible Costs and the Commons », (2003) 54 *Hastings Law Rev.* p. 899; J. RULE and L. HUNTER, « Towards a Property Right in Personal Data », dans C.J. BENNETT et R. GRANT (ed.), *Visions of Privacy, Policy Choices for the Digital Age*, 1999, p. 168.

Mais la protection des données est également un outil qui permet de protéger d'autres droits que le droit à la protection de la vie privée : il permet d'empêcher le traitement d'informations relatives à l'origine raciale ou ethnique, aux opinions politiques ou aux croyances religieuses ou philosophiques, à l'appartenance syndicale, à la santé ou à la vie (les directives protection des données visent à prévenir les discriminations sur ces deux derniers fondements) de l'individu. D'un autre côté, le droit au respect de la vie privée est irréductible au droit à la protection des données. Il garantit aussi l'inviolabilité du domicile (vie privée spatiale), le respect de l'intégrité physique, la protection des émotions des individus et des relations qu'ils entretiennent avec autrui. Le droit au respect de la vie privée ne se réduit pas non plus à la protection des données personnelles. Les « champs d'application » des régimes de protection de la vie privée et de protection des données se recoupent partiellement mais sont des outils différents visant à garantir les conditions essentielles à l'épanouissement de l'autonomie réflexive des individus, et constituent donc aussi, par voie de conséquence, des outils indispensables à la mise en œuvre et à la protection de la démocratie délibérative. Ces outils ne doivent toutefois pas être « placés » au même niveau.

Alors que le droit à la protection de la vie privée requiert que les individus se voient protégés à la fois dans leur « droit à la solitude » et dans leur « droit de participer à la société », deux aspects complémentaires et indispensables au libre développement de la personnalité (c'est en effet dans cette « vibration » constante entre besoin de solitude et besoin d'interaction avec autrui que se développe la personnalité individuelle), le concept de protection des données, lui, intervient dans un second temps pour tenir compte des nouveaux risques que font peser les nouvelles technologies de l'information, de la communication et de la réseautique, sur ces deux « versants » de la vie privée – « seclusion » et « inclusion ». Les régimes de protection des données à caractère personnel contribuent donc à garantir à la fois un certain niveau d'« isolement » ou de « séparation » de la vie privée des individus en protégeant ou en instaurant, à l'encontre de la tendance dominante à l'interconnexion, l'« intégrité contextuelle » de certains flux informationnels (en interdisant par exemple le traitement de certaines données sensibles ou en étendant le secret de la

correspondance aux courriers électroniques), et un certain niveau de « participation », qui passe par une certaine autonomie décisionnelle des individus, qui nécessite de rendre les transferts de données plus transparents ou à les limiter dans un certain nombre de circonstances lorsque cela est nécessaire pour éviter le développement ou le maintien de rapports de forces informationnels disproportionnés entre les responsables de traitements publics ou privés et les citoyens.

5.3.3 La protection des données et sa « constitutionnalisation » : opportunités et ambiguïtés

Le rôle joué par l'Union européenne dans le développement et la mise en œuvre des régimes de protection des données (à travers la directive 95/46/CE⁸³ sur la protection des individus en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel et leur libre circulation adoptée le 24 octobre 1995 par le Parlement européen et le Conseil, et la directive 2002/58/CE⁸⁴ sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications adoptée le 17 juillet 2002 par le Parlement européen et le Conseil), suggère que le régime européen de protection des données répond surtout à un besoin d'harmonisation des législations pour la réalisation du Marché unique européen nécessitant la suppression des entraves à la liberté de circulation des biens et services. Mais le régime européen de protection des données trouve aussi son origine dans les instruments européens de protection des droits de l'homme, et plus particulièrement dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (avant cela, une loi suédoise de 1973 garantissait déjà la protection des

83 J.O., L 281, 23 novembre 1995.

84 J.O., L 201, 31 juillet 2002. Voir aussi la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, J.O., L 105, 14 avril 2006 p. 54-63. Cette seconde directive est actuellement en cours de révision.

données). L'article 7 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸⁵ réaffirme l'existence du droit à la protection de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance alors que l'article 8 de la Charte reconnaît, nous l'avons déjà mentionné, que le droit à la protection des données est un droit fondamental :

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

La reconnaissance du droit à la protection des données en tant que droit fondamental distinct du traditionnel droit fondamental au respect de la vie privée visé à l'article 7 de la Charte appelle certains commentaires. La « constitutionnalisation » de la protection des données peut être considérée comme un plus dans la mesure où elle étend l'application des principes fondamentaux de la directive à tout traitement de données à caractère personnel en ce compris donc à ceux qui ne sont pas couverts par la directive 95/46 et réalisés dans le cadre des deuxième et troisième piliers de l'Union européenne. Le statut constitutionnel de la protection des données accorde aux régimes de protection des données une sorte de privilège constitutionnel par rapport aux textes législatifs ayant le même objet et permet un contrôle de la constitutionnalité de leur mise en œuvre par les Cours constitutionnelles.

Deux critiques peuvent toutefois être soulevées à l'encontre de la reconnaissance (bien intentionnée) de la nature fondamentale du

droit à la protection des données : la première concerne la formulation du deuxième paragraphe qui semble suggérer que le consentement constituerait *en soi* un élément de légitimation des traitements de données; la seconde est plus fondamentale. En effet, en plaçant le droit à la protection des données au même *niveau* que le droit au respect de la vie privée, ne risque-t-on pas d'atténuer l'intelligibilité des fondements des régimes de protection des données – la dignité et l'autonomie individuelle – et de rendre de ce fait plus difficile la tâche du législateur lorsqu'il aura à *évaluer* et, éventuellement, à *revoir* les instruments de protection des données au vu des évolutions sociopolitiques et technologiques de la Société de l'information ?

5.3.3.1 La valeur limitée du consentement en tant que fondement légitime du traitement de données

On peut regretter la formulation de l'article 8 et les dangers qui en découlent. L'article reconnaît explicitement que dans les situations où la légitimité du traitement n'est pas fondée sur un texte législatif, le consentement de la personne concernée constitue une condition nécessaire *et suffisante* pour légitimer un traitement de données, alors que les *conditions* du consentement sont rarement examinées, le consentement étant souvent *inféré* du seul fait de la capacité d'interaction de l'individu dans un réseau de communication. L'assimilation de plus en plus fréquente du consentement à l'interaction rend la condition du consentement de moins en moins exigeante. La plupart des sites Web contiennent dans leurs procédures transactionnelles avec le client des étapes spécifiques visant à obtenir son consentement pour divers traitements qu'ils considèrent rentables, dont notamment la possibilité de partager les données obtenues avec des tiers, de créer le profil de l'utilisateur, de l'utiliser à des fins de marketing ciblé, individualisé (réalisé par le site même ou par d'autres). Dans certains cas, le consentement de l'utilisateur est induit par des incitants financiers (forfaits ou réductions de prix, participation gratuite à une loterie...) ou par l'exigence du consentement au

85 2000/C 364/01.

traitement de données comme pré-condition à l'utilisation de certains services...⁸⁶

Cette approche est défendue par l'argument anti-paternaliste suivant lequel le « droit à la protection des données » serait le droit pour l'individu de décider librement de la diffusion de ses données : la personne concernée étant finalement la personne la mieux placée pour décider de cette diffusion, le consentement individuel serait donc nécessairement un fondement légitime pour le traitement de données à caractère personnel. L'argument selon lequel les données à caractère personnel constitueraient en quelque sorte la « propriété aliénable » de la personne concernée ou une marchandise lui appartenant en propre est discutable⁸⁷. En effet, nous pourrions très bien envisager que les données médicales, par exemple, appartiennent autant au médecin qu'à son patient, d'autant que c'est bien le médecin, et non le patient, qui a

86 Margaret Jane RADIN, « Justice and the Market Domain », dans John CHAPMAN, J. Roland PENNOCK, *Markets and Justice*, New York University Press, 1989, p. 168 : « la théorie du domino affirme que les évaluations d'objets et d'activités selon le marché sont impérialistes, écartant d'autres manières, meilleures, de percevoir et d'évaluer les objets et les activités. À partir du moment où certains individus attribuent un prix à un objet donné, une relation ou une activité donnée, ils perdent leur capacité de percevoir ou d'évaluer cet objet, cette relation ou cette activité autrement qu'en tant que marchandise ayant un prix de marché spécifique. De plus, la théorie affirme qu'une fois que certains objets ou activités reçoivent une valeur négociable, la tendance est que d'autres objets ou activités de même nature ou de nature différente soient aussi perçus et évalués simplement en fonction de leur valeur de marché actuelle ou potentielle ».

87 Internet crée de nouvelles possibilités pour les utilisateurs d'exprimer leur consentement. Dans la première version de P 3 P (Platform for Privacy Preferences), les utilisateurs d'Internet avaient la possibilité de négocier leurs préférences en matière de vie privée contre des avantages financiers. Cette possibilité fut longuement discutée dans la littérature américaine. Voir P.M. SCHWARTZ, « Beyond Lessig's Code for Internet Privacy : Cyberspace, Filters, Privacy control and Fair Information Practices », (2000) *Wisconsin Law Review*, p. 749 et suiv.; M. ROTENBERG, « Why Larry doesn't Get the Truth », (2001) *Stan. Techn. L. Rev.* 1, disponible sur le site : <http://www.sth.Stanford.edu/STLR/Articles/01_STLR_1>.

« produit » les données contenues dans le dossier médical⁸⁸. Suivant « l'approche propriétaire », les données à caractère personnel sont considérées comme des « biens » économiques pouvant faire l'objet de négociations et de transactions avec d'autres personnes à travers des licences⁸⁹. L'« approche contractuelle », qui est fort proche de l'approche propriétaire, place l'accord des parties au centre du traitement des données. Sans se demander si les données à caractère personnel sont totalement considérées comme des biens appropriables, cette approche permet aux parties de s'engager mutuellement relativement au traitement de données à caractère personnel⁹⁰. À l'encontre de cette approche, Shoeman⁹¹ note que :

[...] considérer le respect de la vie privée comme un droit ou une habilitation à déterminer quelles sont les informations nous

88 Tel que l'ont fait remarquer KANG et BUTNER : « Mais l'économiste, en créant des droits de propriété en matière de données à caractère personnel ne dit rien sur la personne à laquelle la propriété est attribuée, n'est-ce pas ? Supposons qu'un citoyen a fait l'acquisition d'une quantité importante d'herbes de St Jean auprès d'un vendeur vendredi dernier. Lequel des deux possède la propriété de la connaissance de l'achat réalisé par le citoyen ? Et quelles sont exactement les conséquences d'une telle propriété » (traduction libre à partir de la version originale rédigée en anglais) (J. KANG et B. BUCHNER, « Privacy in Atlantis », (2004) 18 *Harv. Journal Law & Techn.*, p. 9. Cet article est rédigé sous la forme d'une discussion socratique entre les protagonistes de différentes thèses et les représentants de différentes fonctions de la Société afin de progresser vers un consensus sur les principes de base d'une future législation sur le respect de la vie privée). Cette répartition peut être justifiée, en suivant une approche fondée sur la marché, par la plus grande efficacité de sa solution.

89 En ce qui concerne les similarités qui existent entre ce type de contrats et les contrats de licence portant sur des réalisations protégées par la propriété intellectuelle, voir P. SAMUELSON, « Privacy as Intellectual Property », (2000) 52 *Stanford Law Rev.*, p. 1125 et suiv.; J. LITMAN, « Information Privacy/Information Property », (2000) 52 *Stanford Law Rev.*, p. 1250; K. BASHO, « The Licensing of the Personal Information. is that a Solution to Internet Privacy ? », (2000) 88 *California Law Rev.*, p. 1507.

90 J. KANG et B. BUCHNER, « Privacy in Atlantis », (2004) 18 *Harv. Journal Law & Techn.*, p. 4.

91 F. SCHOEMAN, « Privacy Philosophical Dimensions of the Literature », dans F.D. SCHOEMAN (ed.), *Philosophical Dimensions of the Privacy*, 1984, p. 3.

concernant qui sont accessibles par autrui entraîne une difficulté : cela implique que l'on s'interroge sur le statut moral de la vie privée. Cela suppose que la vie privée est une chose qui doit être protégée à la discrétion de l'individu à qui l'information est reliée.

Beaucoup d'objections existent, dans la littérature, à l'encontre de la position tenant le consentement individuel pour condition suffisante à légitimer le traitement de données à caractère personnel. Il suffit de rappeler que dans la directive UE, le consentement tel que défini à l'article 2h)⁹² n'est pas considéré comme un fondement suffisant pour légitimer le traitement. En toute hypothèse – même celle où le consentement est donné sans ambiguïté –, il est quand même possible de déclarer le traitement illégitime si celui-ci est disproportionné. Le contrôle de proportionnalité suggère clairement le besoin d'un contrôle sociétal de la légitimité du traitement.

D'autres arguments plus classiques peuvent être utilisés pour justifier l'insuffisance du consentement⁹³. Ainsi, l'argument fondé sur l'asymétrie informationnelle et le déséquilibre des pouvoirs défavorables à l'individu concerné par les traitements de données ou encore, l'argument invoqué par D. Solove⁹⁴ et d'autres invoquant le fait qu'une partie importante des « données à caractère personnel » peut également concerner des tiers avec lesquels la personne

- 92 L'article 2 h) définit le consentement de la personne concernée comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Ce consentement implique pour le responsable du traitement qu'il fournisse les informations pertinentes quant à l'étendue et au type de traitement pour lequel le consentement a été donné.
- 93 Voir en particulier, M.A. FROOMKIN, « Regulation and Computing and Information Technology. Flood control on the Information Ocean : Living with Anonymity, Digital Cash and distributed Databases », (1996) 15 *Jour. Law & Com.*, p. 395 et suiv. (cet auteur parle d'un « consommateur myope, mal informé »); J. COHEN, « Examined Lives : Informational Privacy and the subject as object », (2000) 52 *Stanford Law Journal*, 2000, p. 1373 et suiv.
- 94 D.J. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », (2002) 90 *Calif. Law Rev.*, p. 1113.

concernée entretient ou a entretenu des relations. Le cas des « réseaux sociaux » sur Internet illustre très bien la problématique, de même que le cas des données génétiques, qui concernent à la fois la personne individuelle dans ce qu'elle a de plus intime, et, potentiellement, toutes les personnes qui lui sont biologiquement apparentées⁹⁵. Un autre argument encore découle de la difficulté pour la personne concernée de suivre (d'exercer, en quelque sorte, un « droit de suite » sur) ses données à caractère personnel lors de transferts secondaires et de vérifier dans quelle mesure ces transferts respectent les conditions de l'autorisation originellement accordée⁹⁶.

Il peut être remédié à certaines « faiblesses du consentement » tel que cela a déjà été fait dans le cadre de la protection des consommateurs, en renforçant le droit à être informé et en accordant de nouveaux droits à l'intéressé, dont l'action collective quand cela est approprié, afin de réduire les inégalités et les asymétries de pouvoir et d'information sur le marché de l'information (les nouvelles technologies de l'information⁹⁷ notamment peuvent s'avérer être très utiles dans ce contexte, en permettant le « marquage » digital de chaque fragment d'information et en donnant ainsi à la personne concernée un pouvoir de contrôle et de limitation de leur transfert). D'autres « faiblesses du consentement », en particulier celles qui découlent des inégalités socioéconomiques ou structurelles entre les

- 95 À cet égard, Antoinette ROUVROY, « Which Rights for which Subjects ? Genetic Confidentiality and Privacy in the Post-Genomic Era », dans R. LUPPICINI et R. ADELL, eds., *Handbook of Research on Technoethics*. Idea Group Publishing, 2008 (à paraître).
- 96 Déjà en 1989, P. SAMUELSON, « Information as Property : Do Ruckelshause and Carpenter Signal a changing Direction in Intellectual Property Law ? », (1989) 18 *Cath. U.L. Rev.*, p. 365 et suiv.
- 97 Les technologies DRM conçues pour protéger les réalisations couvertes ou non par les droits de propriété intellectuelle pourraient aussi s'appliquer dans ce cas-ci. Sur cette question, voir J. ZITRAIN, « When the Publisher can Teach the Patient : Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Protection », (2000) 52 *Stanford Law Rev.*, p. 1201. Il insiste sur le fait que dans les deux cas, il est question de protéger des données, peu importe qu'il s'agisse d'un article brillant protégé par les droits de propriété intellectuelle ou de mes habitudes de shopping considérées comme des données personnelles.

personnes intéressées nécessitent bien plus que ces procédés techniques d'« empowerment » des individus.

5.3.3.2 *L'ancrage des législations en matière de protection des données dans la protection des valeurs fondamentales de l'homme*

Faire du « droit à la protection des données » un droit fondamental distinct entraîne un autre inconvénient. En effet, cela risque d'atténuer le lien essentiel existant entre le respect de la vie privée et la protection des données et de détacher ainsi la protection des données des valeurs fondamentales de dignité humaine et d'autonomie individuelle, valeurs fondatrices du concept de respect de la vie privée, dans lesquelles les régimes de protection des données trouvent leurs racines, comme nous l'avons déjà évoqué. Il est essentiel de garder ces valeurs fondamentales à l'esprit ainsi que la valeur « instrumentale » des régimes de protection de la vie privée et de protection des données lorsqu'il est envisagé d'adapter la législation à l'évolution des circonstances sociétales et technologiques. De plus, la reconnaissance des valeurs fondamentales qui sous-tendent le droit à la protection des données met en évidence le fait que ce droit, contrairement à certaines interprétations qui en ont été faites, n'est pas assimilable à un droit de propriété individuel aliénable sur les données à caractère personnel. Et l'attention particulière apportée aux racines fondamentales de la protection des données justifie que l'on ne devrait pas considérer, contrairement à la tendance actuelle, que le consentement individuel est un critère suffisant pour légitimer tout traitement jugé efficace ou rentable par les bureaucraties publiques ou privées.

Nous plaçons donc pour un « retour aux sources de la protection des données ». Ce retour aux fondements offre de sérieux arguments pour réfuter l'approche « marché de l'information » qui est soutenue par certains. Il va sans dire que ces valeurs fondamentales sont extrêmement utiles pour guider les révisions de nos régimes de

protection des données⁹⁸, révisions nécessaires en raison des nouveaux défis soulevés par les développements récents et à venir de la Société de l'information dans sa dimension globale, au seuil de « l'ère d'intelligence ambiante »⁹⁹.

98 Sur la nécessité d'avoir une troisième génération de législations sur la Protection des données pour faire face aux nouveaux défis liés aux développements récents en matière de ICT et sur les nouveaux principes à mettre en œuvre dans ce contexte (voir Y. POULLET, « Pour une troisième génération de législations de protection des données », *JusLetter*, n° 3, octobre 2005), nous avons cherché à montrer que la directive 2002/58 en réglant le flux et la localisation des données générées par l'utilisation de services de communications, n'accorde pas beaucoup d'importance au fait que ces données sont des données de nature personnelle. « La définition même de "donnée" dont la protection est au cœur de la récente directive ne suit pas exactement celle adoptée en 1995. Les définitions de "données relatives au trafic" et "données de localisation" visées à l'article 2 évitent soigneusement des expressions telles que "données de nature personnelle" qui toutefois délimitent le champ d'application de la directive 95/46/CE, dont la directive de 2002 ne serait qu'une application. L'article 2c) et le point 14 du préambule de la Directive définissent les données de localisations par simple référence à l'équipement terminal de l'utilisateur. Lorsqu'il est question de commenter le concept de "données de trafic" le point 15 du préambule parle de "toute information consistant en une dénomination, un nombre ou une adresse, fournie par celui qui émet la communication ou celui qui utilise une connexion pour effectuer la communication" ». Ce que nous voulons dire par là, c'est que ces données peuvent ne pas être de nature personnelle, en d'autres termes, il n'est plus nécessaire d'avoir un lien avec une personne identifiée ou identifiable.

99 Antoinette ROUVROY, « Privacy, Data Protection, and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence », *Studies in Ethics, Law, and Technology*, vol. 2 : Iss. 1, article 3, disponible en ligne : <<http://www.bepress.com/selt/vol2/iss1/art3>>. Sur les nouvelles techniques d'implants RFID dans le corps humain, voir l'Avis n° 20, du 16 mars 2005, du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies : « Aspects éthiques des implants TIC dans le corps humain ».

6. Conclusion : le respect de la vie privée en tant que principe bidirectionnel favorisant les capacités d'autonomie des individus

La définition que donne Agre des enjeux respectifs du droit à la protection des données à caractère personnel et du droit à la protection de la vie privée suggère que protection des données et protection de la vie privée protègent respectivement le contrôle par l'individu de l'ampleur et de la manière dont certains aspects de son identité sont exposés au monde d'une part, et, d'autre part, la possibilité pour l'individu de construire sa propre personnalité à l'abri de contraintes excessives¹⁰⁰.

Les deux aspects – absence de contraintes déraisonnables (imposées par l'État ou par des tiers) dans la construction de notre personnalité d'une part et, d'autre part, contrôle de certains aspects de notre personnalité que nous projetons sur le monde – constituent les « racines normatives » « facettes » du respect de la vie privée. Plus fondamentalement, nous soutenons que, contrairement à l'opinion courante selon laquelle ces deux aspects poursuivent des objectifs normatifs distincts mais complémentaires, leur justification normative et leur objectif communs ou dit plus clairement, la valeur finale qu'ils soutiennent, est la capacité de l'individu à maintenir et à développer sa personnalité d'une manière qui lui permette de participer pleinement à la société sans être poussé à conformer ses pensées, ses croyances, ses comportements et ses préférences aux pensées, croyances, comportements et préférences de la majorité.

Les régimes juridiques de protection de la vie privée d'une part, et de protection des données d'autre part, sont avant tout des « outils », qu'il faut adapter chaque fois que cela devient nécessaire en raison des nouvelles menaces que les changements socioéconomiques, culturels et technologiques font peser sur les capacités autonomiques des individus, et sur le fonctionnement effectif de la délibération collective

100 Philip E. AGRE, Marc ROTENBERG (eds.), *Technology and Privacy. The New Landscape*, MIT Press, 1998, p. 3.

devant présider à l'élaboration des règles de coopération sociale. Nous considérons ceci comme un objectif unique plutôt que comme deux objectifs distincts en raison du rapport de « co-production » existant entre « autonomie réflexive individuelle » et « délibération démocratique collective », lesquels sont nécessaires l'une à l'autre et se renforcent mutuellement¹⁰¹. Le respect de la vie privée, pris en tant que principe catalyseur de la tension, inhérente à l'existence de tout individu, entre le besoin de se retirer des autres et le besoin de participer et d'interagir avec les autres, requiert l'adaptation constante, en fonction des variations de contextes et de circonstances, des instruments juridiques qui trouvent leur origine et leur horizon dans cette même tension. Contrairement à ce que certains experts ont suggéré, le régime « classique » de respect de la vie privée n'est pas là pour protéger les facettes de la vie qui requièrent une « opacité » pour se développer. Et les régimes de protection des données ne sont pas là pour organiser les divulgations partielles requises par la vie sociale et les interactions. Au contraire, les deux facettes – « isolement » et « inclusion et participation » – sont selon les circonstances, mieux garanties par la combinaison d'outils législatifs qui protègent contre l'interférence illégitime dans les affaires existentielles ou qui protègent les données à caractère personnel contre une série de collectes et d'utilisations illégitimes.

Ainsi, la protection des données et les régimes « classiques » de respect de la vie privée devraient être considérés comme formant, **ensemble**, le paquet évolutif des protections juridiques de la valeur fondamentale – pour l'individu, mais plus encore pour la société – des capacités autonomiques des individus dans une société libre et démocratique. La garantie du droit générique au respect de la vie privée (ou devrions-nous plutôt parler du principe de respect de la vie privée ?) est, en raison du rôle essentiel qu'elle joue dans la mise en œuvre des capacités autonomiques des individus une condition nécessaire à la mise en œuvre effective de tous les autres droits et libertés reconnus par le Conseil de l'Europe. Ceci est particulièrement explicite dans le cas de la liberté d'expression, mais se vérifie

101 Voir les notes 24 et 26 et le texte qui les accompagne.

également dans le cas des autres droits et libertés fondamentaux, dont notamment les droits sociaux et économiques¹⁰² qui garantissent la participation effective de l'individu à la vie sociale et économique.

Voilà qui témoigne de l'impossibilité de dissocier les droits civils et politiques de l'homme, traditionnellement qualifiés de droits extrapatrimoniaux, des droits économiques et sociaux : un défaut de mise en œuvre de ces derniers entrave nécessairement l'exercice effectif des premiers. De même, à l'inverse, le non-respect du droit à la protection de la vie privée et à la protection des données – droits civils s'il en est – rend de fait ineffectifs les droits économiques et sociaux de l'individu concerné. Le travailleur licencié suite à l'évaluation automatisée de sa productivité, le consommateur privé de l'accès à certains services du fait de son profil ou criblé d'offres publicitaires choisies en fonction de ce même profil, le candidat locataire refusé parce que figurant sur une liste noire sont à la fois touchés dans leur patrimoine mais également dans leur dignité et leur personnalité. Comme le notait François Rigaux¹⁰³ en conclusion de son magistral ouvrage sur la protection de la vie privée :

Devant les biens de la personnalité s'ouvre un champ infini plus vaste que celui qui y a été assigné jusqu'ici. Il ne s'agit pas de doubler tous les droits patrimoniaux d'un ectoplasme qualifié de droit de la personnalité, mais plutôt de rajuster dans leur ensemble les règles applicables à ces droits d'une manière qui prenne mieux en considération, la dignité et la personnalité des agents juridiques privés.

102 Comme l'affirme BURKERT (cité *supra*, note 35) : « Même à l'état passif, les droits fondamentaux requièrent un encadrement de conditions économiques et sociales qui rend l'utilisation de tels droits significative. Cette observation vise l'extension (encore fortement contestée) des droits fondamentaux aux droits économiques et sociaux. Certaines discussions lors du Sommet mondial de la Société de l'information, déjà mentionnées ci-avant, peuvent être vues comme une tentative visant à relier la « vie privée » à ces droits économiques et sociaux dans la société de l'information » (traduction libre).

103 F. RIGAUX, « La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité », Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 763.